

HEMMELIGE TVANGSMIDLER I STRAFFEPROSESSEN

**Hvor langt kan politiet strekke seg for å ivareta
samfunnets behov for å bekjempe kriminalitet?**



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 629

Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 17.906 ord

26.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Straffeprosessloven	3
1.2.1	Historisk utvikling når det gjelder de hemmelige tvangsmidlene	3
1.3	Tolkning og metode	4
1.4	Begrepsavklaring	5
1.4.1	Tvangsmiddel	5
1.4.2	Hemmelige tvangsmidler	6
1.4.3	Hemmelig ransakelse	6
1.4.4	Skjult fjersynsovervåkning	6
1.4.5	Skjult sporing av person eller objekt	7
1.4.6	Skjult kommunikasjonsavlytting eller annen kontroll av kommunikasjonsanlegg	7
1.4.7	Hemmelig romavlytting	8
1.5	Avgrensinger	8
1.6	Den videre fremstilling	8
<u>2</u>	<u>MATERIELLE OG PROSESSUELLE VILKÅR SOM GJØR DET MULIG Å ANVENDE DE HEMMELIGE TVANGSMIDLENE OG HVILKE HEMMELIGE TVANGSMIDLER SOM KAN BENYTTES</u>	<u>9</u>
2.1	Mistankekravet	9
2.1.1	”...skjellig grunn mistenkes for”	9
2.2	Kriminalitetskravet	10
2.2.1	”...fengsel i 10 år eller mer”	11
2.2.2	”...i fengsel i 5 år eller mer”	11
2.2.3	Kriminalitetskravet koblet til strl. § 60a	11

2.2.4	Forbrytelse mot stat eller rikets sikkerhet – strl. kapittel 8 og 9	13
2.2.5	Overtredelse av narkotika- eller heleri forbrytelser – strl. §§ 162 og 317, jf. 162	14
2.2.6	”rammes av...lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. § 5	16
2.3	Ytterligere vilkår som retten må legge vekt på ved å gi tillatelse til å anvende hemmelige tvangsmidler	17
2.3.1	Indikasjonskrav og subsidiaritetskrav	17
2.3.2	Oppnevning av advokat – § 100a	20
2.4	Prosessuelle krav	21
2.4.1	”Retten”	21
2.4.2	Politiets hastekompetanse	22
2.4.3	Forholdsmessighetsvurderingen - §170a	24
2.5	Hvilke hemmelige tvangsmidler kan benyttes når vilkårene er oppfylt?	25
2.5.1	Hemmelig ransaking § 200a	25
2.5.2	Skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted § 202a	27
2.5.3	Teknisk sporing - §202b og §202c	30
2.5.4	Skjult kommunikasjonsavlytting § 216a	33
2.5.5	Skjult kontroll av kommunikasjonsanlegg § 216b	35
2.5.6	Hemmelig romavlytting § 216m	37
3	<u>HVILKE HENSYN PÅVIRKER GRENSENE FOR HVOR LANGT POLITIET KAN STREKKE SEG FOR Å IVARETA SAMFUNNETS BEHOV FOR Å BEKJEMPE KRIMINALITET?</u>	38
3.1	Momentet som taler for å benytte seg av de hemmelige tvangsmidlene	39
3.1.1	Behovet for effektiv bekjempelse av kriminalitet	39
3.2	Momentene som taler imot bruken av de hemmelige tvangsmidlene	44
3.2.1	Personvern hensynet	44
3.2.2	Rettsikkerhetshensynet	53
4	<u>VURDERING – OG AVSLUTTENDE KOMMENTAR</u>	55

4.1 Dekker de hemmelige tvangsmidlene behovet for en effektiv bekjempelse av kriminalitet?	55
4.1.1 Bør det være muligheter for skjult fjernsynsovervåking mot privat sted?	55
<u>5 LITTERATURLISTE</u>	<u>2</u>

1 Innledning

1.1 Tema

Trusselbildet mot Norge har endret seg mye i den senere tid. Ikke bare utenlandstrussel som terrorvirksomhet, men også trusler innenfra mot vårt eget demokrati. Dette finner sted i et forverret kriminalitetsbilde, både kvalitativt og kvantitativt.¹ En generell økning i kriminaliteten vil gi flere saker å etterforske, og for befolkningen er det viktig å kunne føle seg trygg på at sakene blir oppklart. Når oppklaringsprosenten peker nedover, kan befolkningen miste tillit til staten som maktutøver. I verste fall kan det føre til at man tar saken i egne hender.²

Politiet har sett et behov for å stadig å ta i bruk flere effektive metoder for å bekjempe den økende kriminaliteten. Denne økningen i etterforskningsmetoder fører i sin tur til at de kriminelle selv blir mer profesjonelle og utvikler flere utspekulerte metoder.³ De kriminelle miljøene blir hardere, og det fører til en utstrakt indre justis. Politiet kan bli ovenfor utfordringer som vanskeliggjør etterforskningen. For eksempel gir den indre justisen seg utslag i mindre tilgang på informanter, det blir vanskeligere å infiltrere miljøene, og den økte tilgang på teknologisk utstyr kan gjør det vanskeligere å overvåke de kriminelle. Lovgiver har sett betydningen av å utvide politiets fullmakter, ved å tillate mer og mer inngripende metoder overfor enkeltindividet.

Politiet har per i dag flere hemmelige tvangsmidler som de kan benytte seg av. Disse er underlagt strenge vilkår ved at de kan gjennomføres uten at mistenkte underrettes.

¹ NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll s. 76, pkt. 8.6.2. Heretter kalt NOU 2009: 15.

² ibid. pkt. 8.2.

³ «Politiet mot 2020 – Bemannings- og kompetanse- behov i politiet» s. 16-17, pkt. 3.3. Dato 03. april 2010.

Selv om disse tvangsmidlene er innført for å beskytte samfunnet, er inngripende metoder ikke alltid positivt for den allmenne befolkningen. Enkeltindividet har per i dag grunnleggende rettigheter, som deler av allmennheten opplever undergraves når lovgiver må følge utviklingen. Dette fordi personvern og rettsikkerhet er viktige grunnleggende rettigheter til den enkelte borger. Det ligger et grunnleggende dilemma i dette.

Det kan altså i økende grad være behov for hemmelige tvangsmidler. Kriminaliteten må bekjempes på en effektiv måte. Hvor effektivt den skal bekjempes, styres hele tiden av samfunnsutviklingen og av politiske føringer, som igjen styrer utarbeidelse av nye lover. Kriminaliteten er ikke konstant, men går i bølger; i noen perioder vil kriminaliteten være på et lavere nivå, og andre ganger et høyere. De siste 50 år har kriminaliteten økt betraktelig, fra 39.000 anmeldte saker i 1960 til 269.000 anmeldte saker i 1995. I tidsrommet 1997-2001 lå antallet anmeldelser på et noenlunde stabilt nivå, og fra 2004 til 2008 er det en svak nedgang.⁴ Hva nedgangen skyldes er ikke gjenstand for vurdering i oppgaven; imidlertid kan dette faktum gi en indikasjon på at lovgiver er på rett vei ved å utvide politiets fullmakter.

Tema for oppgaven vil være en analyse av strpl. §§200a, 202a, 202b, 202c, 216a 216 b og 216m.⁵ Jeg vil gjennomgå vilkårene for at politiet kan benytte seg av hemmelige tvangsmidler, og diskutere hvor langt politiet kan strekke seg for å effektivt oppklare kriminalitet ved hjelp av hemmelige tvangsmidler.

⁴ NOU 2009: 15 s. 76, pkt. 8.6.2.

⁵ Lov 22.mai 1981 Nr.25 om rettergang i straffesaker (Straffeprosessloven), jf. kap. 15, 15a, 16a og 16b.

1.2 Straffeprosessloven

1.2.1 Historisk utvikling når det gjelder de hemmelige tvangsmidlene

De tradisjonelle tvangsmidlene ble inntatt i straffeprosessloven fra 1887, som fjerde del i loven. Mye har forandret seg siden den gang, og behovet for nye og effektive tvangsmidler for å bekjempe kriminalitet vil stadig være under vurdering.

Denne oppgaven tar for seg disse tilføyelsene og endringene i straffeprosessloven:

Bestemmelsen som omhandler hemmelig ransaking, jf. § 200a, ble tilføyd ved lov 3. desember 1999 nr 82, og den ble videre endret ved lov 17. juni 2005 nr 87. Før måtte tvangsmidlet hjemles i nødrett, jf. strl.⁶ § 47.

Bestemmelsen som omhandler skjult fjernsynsovervåking på offentlig sted, jf § 202a ble inntatt ved lov 15. mars 1991 nr 5, og grunnen var innføringen av forbud mot skjult fjernsynsovervåking, jf gammel § 390b. Bestemmelsen er endret i senere tid ved lov 3. desember 1999 nr 82 og lov 14. april 2000 nr. 31.

Bestemmelsen som omhandler teknisk sporing av objekt og teknisk sporing av person, jf. § 202b og § 202c, ble tilføyd ved lov 3. des. 1999 nr. 82. Den ble senere endret ved lov 4. juli 2003 nr. 78 og lov 17. juni 2005 nr. 87.

Bestemmelsene om kommunikasjonskontroll, jf. § 216a og § 216b, ble inntatt midlertidig allerede i 1976. Den ble inntatt som et prøveprosjekt for telefonavlytting i narkotikasaker. Loven ble forlenget flere ganger, før den ble lovfestet i 1992 ved lov 5. juni 1992 nr. 52. Kapittel 16a ble ytterligere endret senere ved lov 3. desember 1999 nr. 82, og området for kommunikasjonskontroll ble utvidet, blant annet med unnlatt underretting ved bruk av tvangsmidler.

⁶ Lov 22.mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven).

Bestemmelsen om hemmelig romavlytting, jf. § 216m er relativt ny, og ble inntatt ved endringsloven 17. juni 2005 nr 87.

1.3 Tolkning og metode

Metoden som anvendes er en analyse av gjeldende rett, som er av rettdogmatisk karakter. Jeg vil bruke Eckhoffs tilnærming til juridisk metode⁷, og utgangspunktet vil bli tatt ordlyden, med støtte fra andre sentrale rettskilder.

Ordlyden har størst vekt fordi de hemmelige tvangsmidlene er egnet til å gå dypt inn i rettssfæren til den enkelte borger, og legalitetsprinsippet må derfor veie tungt. Ved at de hemmelige tvangsmidlene er lovregulert sikres borgerne vern mot vilkårlighet og uforholdsmessige inngrep.

Ved tolkningen av ordlyden, vil forarbeidene være relevant. Det er lite rettspraksis som kan gi støtte for tolkingen siden det meste av rettspraksis er taushetsbelagt.

Forarbeidene vil bidra til å klarlegge hva lovgiver har ment med lovene og formålet, og hvordan den tidligere rettstilstand har vært. Med forarbeider menes forslag til utredninger og lignende fra de som har deltatt i forberedelser og vedtagelse av loven.⁸ Jeg vil legge stor vekt på forarbeider. Noen relevante forarbeider som kan nevnes er NOU 2009:15 skjult informasjon – åpen kontroll, NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern, og Ot.prp. nr. 64 (1998-99).

Videre vil jeg ta i bruk juridisk teori for tolkningen sin del. Relevant juridisk litteratur er Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelser*. Samlet utgave ved Kjell Andorsen, Oslo 2008, og Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik *Norsk Lovkommentar til*

⁷ Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001. Heretter kalt Eckhoff (2001).

⁸ Eckhoff (2001) s. 65.

straffeprosessen. 3. utg. 2001. Som rettskildefaktor har juridisk teori mindre vekt enn andre rettskilder, men kan tillegges en viss vekt.

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter vil være gjenstand for drøfting for å belyse problemstillingen. Konvensjonene er inkorporert i norsk lov, jf. mrl § 3. De blir drøftet under hensynene som påvirker grensene for en effektiv bekjempelse av kriminalitet. Eckhoff uttaler at folkerett som er inntatt i nasjonal lovgivning må ha samme vekt som andre lover som er vedtatt av Stortinget.⁹

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Tvangsmiddel

Begrepet ”tvangsmiddel” skal forstås som tvangstiltak som besluttes overfor mistenkte eller andre.¹⁰ Juridisk teori har uttalt at noen etterforskingsskritt må bedømmes som straffeprosessuelle tvangsmidler, og da vil det gjelde krav om ”skjellig grunn til mistanke”.¹¹ Det vil videre være krav om at mistanken gjelder forbrytelser av en viss alvorlighet, og at det gjelder den abstrakte strafferamme.¹² Kjennetegnet for et tvangsmiddel er at hjemmelsgrunnlaget er regulert i detalj for hvert enkelt tvangsinngrep. Det sentrale element i tvangsmiddelbegrepet er at inngrepet må skje som ledd i konkret straffeforfølgning mot noen.¹³ Selve formålet for tvangsmidlene er å «...lette gjennomføringen av etterforskningen, og en eventuell senere straffeforfølgning og fullbyrding.»¹⁴

⁹ Eckhoff (2001) s. 310.

¹⁰ Hov, Jo. *Rettergang II Straffeprosess*. s. 44. Heretter kalt Hov.

¹¹ Andorsen, Kjell. Provokativ politietterforskning. *Jussens Venner*. 2001, s. 3, pkt. 2.2. Heretter kalt Andorsen (2001).

¹² *ibid.* s. 4, pkt. 2.2

¹³ *ibid.* s. 5, pkt. 2.2.

¹⁴ Hov s. 45.

1.4.2 Hemmelige tvangsmidler

Begrepet ”hemmelige tvangsmidler” skal forstås som de midler som politiet kan ta i bruk uten å underrette den mistenkte.¹⁵ Bruken av de hemmelige tvangsmidlene skal kunne innbringe bevis som ellers i stor grad hadde blitt vanskeliggjort ved bruk av de mer generelle tvangsmidlene. Bevisene som innhentes skal tjene som bevis i straffesak senere, og det er derfor viktig at de innhentes ved metoder som kan gi grunnlag for at den materielle sannhet kommer frem på en best mulig måte, og saken ellers blir best mulig opplyst.

1.4.3 Hemmelig ransakelse

Utsatt underretting om at ransakelse skal gjennomføres, er hjemlet i § 200a og er ofte omtalt som hemmelig ransakelse. Bestemmelsen er et unntak fra § 200. Selve kjernen i ransakingen er at politiet skal kunne tilegne seg bevis mot mistenkte uten at den mistenkte vet om ransakingen og kan undra eller ødelegge bevis. Hemmelig ransaking gjennomføres ved at tjenestemenn tar seg inn i en bolig, i et rom eller et oppbevaringssted for å søke etter bevis, ta beslag eller det som det kan tas heftelse i.

1.4.4 Skjult fjersynsovervåkning

”Skjult fjersynsovervåkning” foretas ved at et kamera settes opp for å overvåke mistenkte på ”offentlig sted”, jf. §202a. Begrepet ”skjult” må forstås som at det ikke informeres at overvåkingen skjer, jf. personopplysningsloven¹⁶ § 40.¹⁷ Begrepet ”fjersynsovervåkning” skal forstås som «vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåkning ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende fjersynskamera, fotografiapparat eller lignende apparat.», jf. personopplysningsloven §36.¹⁸ Sporadisk filming av bestemte begivenheter, vil ikke være overvåkning¹⁹, og således falle utenfor § 202a.

¹⁵ Hov s. 74, pkt. 8.

¹⁶ Lov 14. april 2000 nr. 31 Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

¹⁷ Ot.prp. nr. 56 (1989-90) s. 57, kap. 12.

¹⁸ NOU 2009: 15 s. 222.

1.4.5 Skjult sporing av person eller objekt

Skjult sporing av person foretas ved “teknisk peileutstyr”, jf. § 202b. Begrepet skal forstås som elektroniske signalsendere som plasseres på en mistenkt eller et objekt, med den hensikt å følge mistenktes eller objektets bevegelser. Sendere som overfører lyd og bilde faller utenfor.²⁰ Plasseringen av innretningen kan være på ”kjøretøyet, gods eller andre gjenstander”, jf. §202b eller i klær, veske eller andre gjenstander som den mistenkte bærer med seg, jf. §202c.

1.4.6 Skjult kommunikasjonsavlytting eller annen kontroll av kommunikasjonsanlegg

Skjult kommunikasjonsavlytting reguleres av § 216a. Begrepet ”kommunikasjonsavlytting” kan bestå i å avlytte kommunikasjon til og fra kommunikasjonsanlegg. Utrykket ”kommunikasjon” skal forstås som overføring av informasjon fra avsender til mottaker. Utrykket ”avlytting” er «ment å dekke tapping av signaler fra alle typer av overføringer.», og skal forstås som kontroll av overføring av signaler.²¹ Dette kan være lyd, bilder eller tekst. Samtaler der politiet selv deltar faller utenfor.

Annen kontroll av kommunikasjonsanlegg reguleres av § 216b. Bestemmelsen hjemler å ”innstille eller avbryte... samtaler eller annen kommunikasjon”, jf. annet ledd bokstav a. Utrykket ”samtaler” og ”kommunikasjon” skal forstås på samme måte som i § 216 a. Begrepet ”kommunikasjonsanlegg” skal forstås som en hvilken som helst innretning som er i stand til å motta signaler. Bestemmelsen hjemler også muligheten til å stenge kommunikasjonsanlegg helt, jf. annet ledd bokstav b. I tillegg hjemles innhenting av

¹⁹ Ot.prp. nr. 56 (1989-90) s. 58, kap. 12.

²⁰ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v) s. 148, kapittel 23. Heretter kalt Ot.prp. nr. 64 (1998-1999).

²¹ ibid. s. 156, kapittel 23.

opplysninger om hvilke kommunikasjonsanlegg som har hatt forbindelse med hverandre, jf. annet ledd bokstav c. Både historiske og fremtidige opplysninger omfattes.²²

1.4.7 Hemmelig romavlytting

Hemmelig romavlytting hjemles i § 216m. Begrepet ”romavlytting” skal forstås som all annen avlytting enn det som følger av § 216a, tredje ledd. Avlyttingen kan være innretninger som er egnet for å gjøre opptak av lyd som sendere eller mikrofoner. Avlyttingen kan skje både i det offentlige- og i det private rom. Innretninger som er egnet til å gjøre opptak av video i det private rom, faller utenfor bestemmelsen.

1.5 Avgrensinger

Jeg velger å avgrense oppgaven mot hvilke tvangsmidler som kan benyttes som ledd i etterforskingen, og da spesielt mot strpl. §§ 200a, 202a, 202b, 202c, 216a, 216b og 216m. Oppgavens begrensede omfang gjør at avverging og forebygging av kriminalitet faller utenfor, jf. strpl. § 222d og politiloven²³ § 17d. Vurderingen omhandler de hemmelige tvangsmidlene og hvor langt politiet kan strekke seg for å ivareta samfunnets behov for å oppklare kriminalitet. De mer generelle tvangsmidler vil derfor falle utenfor.

1.6 Den videre fremstilling

Jeg vil først gjennomgå vilkårene for at hemmelig ransaking, fjernsynsovervåking, teknisk sporing, kommunikasjonskontroll og romavlytting skal kunne brukes, og virkningen av at disse er oppfylt. Deretter vil jeg se på hensynene som påvirker grensene for hvor langt politiet kan strekke seg for å ivareta samfunnets behov for å oppklare kriminalitet. Til slutt vil jeg gjøre en rettspolitisk drøftelse av eventuelle problemstillinger som knytter seg til tvangsmidlene ved behovet for en effektiv bekjemping av kriminalitet og komme med avsluttende kommentar.

²² Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 158.

²³ Lov 4.august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven).

2 Materielle og prosessuelle vilkår som gjør det mulig å anvende de hemmelige tvangsmidlene og hvilke hemmelige tvangsmidler som kan benyttes

I utgangspunktet er de hemmelige tvangsmidlene for inngripende i det private liv, men lovgiver har stadfestet strenge vilkår som allikevel gjør det mulig å anvende dem. De alminnelige tvangsmidlene inneholder krav om mistanke eller skjellig grunn til mistanke, og videre lave strafferammer som enten medfører fengselsstraff eller som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder. Enhver politimann eller -kvinne kan beslutte å ta beslag, pågripe eller ransake, når vilkårene er tilstede. Vilråene for når politiet har adgang til å benytte inngripende metoder som hemmelig ransaking, hemmelig avlytting, fjernsynsovervåking, teknisk sporing av person eller objekt, er meget strengere enn i de alminnelige tvangsmidlene: høye strafferammer, at beslutningsmyndigheten stort sett er lagt til retten, at det foreligger krav om indikasjons- og subsidaritet, og at det blir oppnevnt offentlig advokat for å ivareta rettighetene til mistenkte, jf. § 100a.

2.1 Mistankekravet

For hemmelig ransaking, fjernsynsovervåking på offentlig sted, teknisk sporing av objekt, teknisk sporing av person, kommunikasjonsavlytting, annen kontroll av kommunikasjonsanlegg og romavlytting er hovedregelen at det må foreligge ”skjellig grunn” til mistanke før politiet kan bruke skjulte tvangsmidler.

2.1.1 ”...skjellig grunn mistenkes for”

Det første spørsmål som reiser seg, er hva som ligger i begrepet ”skjellig grunn til mistanke”. Lovteksten i ovennevnte bestemmelser gir ingen veiledning om hva som ligger i begrepet.

Rettspraksis kan være med på å belyse hva som ligger i uttrykket. Rt. 1993 s. 1302 omhandlet lagmannsrettens forståelse av hva som ligger i ”skjellig grunn til mistanke”, i strl. § 171, og kan være retningsgivende også for ovennevnte bestemmelser. I den avgjørelsen uttaler Høyesteretts Kjæremålsutvalg (nå Ankeutvalget) at «...det skal være

mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handlingen saken gjelder enn at han ikke har det.»²⁴ I dette tilfellet vil skjellig grunn til mistanke foreligge når det er 50,1% sannsynlighet for at mistenkte har utført handlingen, altså en sannsynlighetsovervekt. Retten trenger ikke å redegjøre for hvilken sannsynlighetsovervekt som kreves, jf. Rt. 1997 s. 708²⁵ Det blir en skjønnsmessig vurdering om sannsynlighetsovervekten er til stede.

2.2 Kriminalitetskravet

De hemmelige tvangsmidlene har for det meste de samme kriminalitetskravene. Noen er derimot ulike, og det nevnes derfor hvilke tvangsmiddel det straffebud gjelder for. I utgangspunktet kreves det at alle de fire straffbarhetsbetingelser skal være oppfylt for at retten eller påtalemyndigheten kan beslutte at tvangsmidler kan gjennomføres, men kravet til skyldevne kan utelates hvis mistenkte var utilregnelig på gjerningstidspunktet.²⁶

Felles for alle straffebud er at er skyldkravet forsett, jf. strl. § 40. I noen straffebud gjelder også en lavere skyldgrad, og der dette gjelder vil det bli nevnt særskilt. Når det gjelder sammenstøtstilfeller eller gjentakelse av forbrytelser, jf. strl. §§ 61, 62 eller 63, får disse ikke anvendelse for tvangsmidlene hemmelig ransaking, teknisk sporing og kommunikasjonskontroll.²⁷

²⁴ Rt. 1993 s. 1302, s. 1303 in fine.

²⁵ Lødrup, Peter, Kaasen, Knut og Tjomsland, Steinar *Norsk Lovkommentar*. Oslo, 2008, s. 1355, note 999. Heretter kalt Norsk Lovkommentar.

²⁶ Jf. §200a syvende ledd jf. § 196, jf. §202a første ledd annet punktum jf. § 196, jf. §202b tredje punktum jf. § 196, §202c tredje punktum jf. § 202b tredje punktum jf. §196, § 216a jf. annet ledd første og annet punktum, jf. § 216b annet punktum jf. § 216a annet ledd og jf. § 216m annet ledd.

²⁷ Jf. § 200a jf. første ledd annet punktum,, jf. § 202b første ledd annet punktum, jf. § 202c første ledd annet punktum, jf. § 216a jf. første ledd annet punktum og § 216b første ledd annet punktum jf. § 216a første ledd annet punktum.

2.2.1 "...fengsel i 10 år eller mer"

Strafferammen må overstige 10 år eller mer i et straffebud for at hemmelig ransaking, teknisk sporing av person og kommunikasjonsavlytting skal kunne besluttes. Det er den abstrakte (teoretiske) strafferammen i straffebudet som tilsier om en er innenfor vilkåret, ikke den forventede straffen som gjerningspersonen antas å få.²⁸ Dette gjelder for eksempel drap etter strl. § 233 annet ledd, terror etter strl. § 147a, grovt ran etter strl. § 268 annet ledd jf. § 267.

2.2.2 "...i fengsel i 5 år eller mer"

Strafferammen må overstige "5 år eller mer" i et straffebud for at teknisk sporing av objekt og annen kontroll av kommunikasjonsanlegg skal kunne besluttes. Den teoretiske strafferammen gjelder også her. En vil derfor være innenfor vilkåret i for eksempel saker som grovt ran, jf. strl. § 268 jf. § 267. Vurderingen av om en bestemmelse er overtrådt, vil i utgangspunktet være om det er "skjellig grunn" til å mistenke gjerningspersonen for å ha overtrådt alle de fire straffbarhetsvilkårene i bestemmelser som innebærer en strafferamme på 5 år eller mer.

2.2.3 Kriminalitetskravet koblet til strl. § 60a

Straffelovens § 60a gjelder forhøyning av strafferamme når et straffebud er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe. Den er ofte omtalt som "mafiaparagrafen". Hva som ligger i begrepet "ledd i", gir ikke lovteksten nærmere veiledning om. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må være tale om minst én overtredelse av et straffebud, som har tilknytning til virksomheten til den organiserte kriminelle gruppen. Handlingen som har karakter av å være enkeltstående handlinger utført av gjerningspersonen selv, må derfor falle utenfor begrepet. Overtredelsen må gjelde et straffebud som har strafferamme på minst tre år, jf. annet ledd. Begrepet "organisert kriminell gruppe" er nærmere definert i annet ledd. Gruppen må bestå av "tre eller flere personer", og gruppen må ha til "hovedformål å begå en handling som

²⁸ Norsk Lovkommentar s. 1365, note 1297.

kan straffes med fengsel i minst 3 år”, jf annet ledd.²⁹ Ifølge forarbeidene vil en organisert kriminell gruppe være «[m]afialignende organisasjoner og andre profesjonelle forbrytternettverk med forgreninger i flere land.»³⁰ Dette vil klart falle innenfor begrepet. Det som vil falle utenfor er grupper som ikke har så nær tilknytning mellom deltakerne at de naturlig sett ville utgjøre en organisert gruppe.³¹ Begrepet ”hovedformål” tilsier at det er tilstrekkelig at gruppen bare konsentrerer seg om forbrytelser som for eksempel tyverier, jf strl. § 257.³² Straffelovens § 60a kan også få anvendelse selv om ikke alle forbrytelser er innenfor hovedformålet. Kravet er at forbrytelsene må bestå i ”en vesentlig del” av disse, jf annet ledd. Strafferammen forhøyes til det dobbelte hvis vilkårene er oppfylt, men ikke mer enn fem år, jf første ledd.

Ved at det er et krav om ”fengsel i 10 år eller mer” i nevnte bestemmelser under pkt. 2.2.1, ville det være naturlig å tro at dette vilkåret er absolutt.

Er det mulighet for at en kan gå til retten for å få kjennelse for utsatt underretting ved for eksempel ransaking, ved å sikte den mistenkte for grovt tyveri, jf. strl. § 258 eller ran, jf. § 268 sammenholdt med bestemmelsen om organisert kriminalitet, jf. § 60a?

Slik det fremkommer av bestemmelsene, må straffebudet inneholde en strafferamme på ”10 år eller mer” for at de hemmelige tvangsmidlene skal få anvendelse. Det fremgår ikke av bestemmelsen at straffelovens § 60a er unntatt, slik som strl. §§ 61, 62 eller 63. Det er tilstrekkelig at mistanken baserer seg på for eksempel grovt tyveri, som har en strafferamme på fem år sammenholdt med tilstrekkelig sannsynlighet for at bestemmelsen om organisert kriminalitet er overtrådt. Dette vil forhøye strafferammen til det dobbelte. En

²⁹ Norsk Lovkommentar, s. 80, note 577.

³⁰ Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) kapittel 13.1 side 96.

³¹ l.c.

³² Norsk Lovkommentar, s. 80, note 579.

vil da havne på en teoretisk strafferamme på fengsel inntil elleve år, og en vil da være innenfor vilkåret på ”10 år eller mer”.³³

Det samme gjelder for kriminalitetskravet ”fengsel i 5 år eller mer”. Her kan det tenkes at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at den mistenkte har overtrådt tyveribestemmelsen som medlem av en organisert kriminell gruppe, jf § 60a, og en vil da havne på en teoretisk strafferamme på inntil seks år. Skjult sporing av objekt eller annen kontroll av kommunikasjonsanlegg kan da få anvendelse.

2.2.4 Forbrytelse mot stat eller rikets sikkerhet – strl. kapittel 8 og 9

2.2.4.1 ”...rammes av straffeloven §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90”

Kapittel åtte i straffeloven omhandler forbrytelser mot statens selvstendighet og sikkerhet. For at hemmelig ransaking, teknisk sporing, eller kommunikasjonskontroll skal kunne få anvendelse, må det foreligge ”skjellig grunn” for at mistenkte har overtrådt eller forsøkt overtrådt straffelovens ” §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90”. Bestemmelsene omhandler forbud mot å dele informasjon som kan være eller er skadelig for rikets sikkerhet, jf § 90, eller forberedelse til slik handling, jf. § 91 eller forbud mot å samle sammen opplysninger som omhandler politiske eller personlige forhold som kan skade Norges interesser til fordel for fremmed stat, jf§ 91a eller forbud mot å inngå avtale med en eller flere om overtredelse av strl. § 90, jf. § 94. Strafferammen er noe forskjellig, men i det vesentlige straffes de med bøter eller fengsel fra 2 til 15 år.

2.2.4.2 ”...rammes av straffeloven §§ 104a første ledd annet punktum, §104 annet ledd jf. første ledd annet punktum”

Straffelovens kapittel ni omhandler forbrytelser mot Norges statsforfatning og statsoverhoder. For at hemmelig ransaking, teknisk sporing av person eller

³³ Jf. §§ 200a, 202c og 216a.

kommunikasjonskontroll skal kunne få anvendelse, må det foreligge ”skjellig grunn” til mistanke om at mistenkte har overtrådt straffelovens § 104a.

Straffelovens § 104a omhandler forbud mot å danne, delta i eller rekruttere til en privat organisasjon som opptrer som en militær styrke eller støtte til en slik organisasjon. Å støtte en slik organisasjon straffes etter annet ledd. Strafferammen er inntil 2 år i fengsel, jf første ledd første punktum. Straffeskjerpende omstendigheter kan være organisasjonens tilgang på våpen eller sprengstoff, noen av medlemmene er under 18 år, eller organisasjonen bruker personer under 18 år til fiendtlige handlinger. Straffen kan da forhøyes til inntil 6 år, jf. første ledd annet punktum.

2.2.5 Overtredelse av narkotika- eller heleri forbrytelser – strl. §§ 162 og 317, jf. 162

2.2.5.1 ”rammes av straffeloven...§ 162”

Straffeloven § 162 gjelder forbud mot å tilvirke, innføre, utføre, erverve, oppbevare, sende eller overdra narkotiske stoffer. For at hemmelig ransaking, kommunikasjonskontroll eller romavlytting (gjelder bare tredje ledd) skal få anvendelse, må det foreligge ”skjellig grunn” til at mistenkte har overtrådt § 162 første, annet eller tredje ledd. Bestemmelsen nevner at uaktsomme handlinger kan rammes, og vil gjelde for første, annet og tredje ledd, jf. fjerde ledd. Strafferammen er bøter eller fengsel inntil to år, jf. første ledd. Bøter kan anvendes sammen med fengselsstraff, jf sjette ledd jf strl. § 26a. Medvirkning straffes på samme måte i første, annet og tredje ledd, jf femte ledd.

Bestemmelsens annet ledd, omhandler de grovere narkotikaforbrytelsene. Hva som skal legges vekt på ved vurderingen av om hvorvidt narkotikaforbrytelsen er grov, vil være stoffets art, kvantum og hvordan overtredelsen har skjedd, jf annet ledd. Ved vurderingen skal det gjøres en helhetsvurdering, der særlig stoffets art og kvantum er viktig.³⁴

³⁴ Norsk Lovkommentar, s. 111, note 1378.

Grensene³⁵ vil være veiledende på om forholdet skal subsummeres under første eller annet ledd.³⁶ I forarbeidene fremgår det at overtredelsen skal anses som grov, hvis narkotika systematisk selges til særlige utsatte grupper, som skoleelever, sosialklienter eller innsatte.³⁷ Strafferammen forhøyes til ti år i disse tilfellene, jf annet ledd.

Etter bestemmelsens tredje ledd, vil den omfatte gjerningspersoner som overtreder narkotikaforbrytelser som omfatter ”meget betydelig kvantum”. Om forholdet skal subsummeres under annet eller tredje ledd, vil grensene for kvantumet av narkotika være relevant. Juridisk teori oppstiller et forslag til hvor grensene skal gå.³⁸ Strafferammen forhøyes i disse tilfellene til fengsel i 3 til 15 år, jf. tredje ledd. Gjelder overtredelsen særdeles skjerpende omstendigheter, kan strafferammen forhøyes til 21 år, jf tredje ledd annet punktum. Hva som ligger i begrepet ”særdeles skjerpende omstendigheter” gir ikke bestemmelsen nærmere veiledning om. Forarbeidene uttaler at særdeles skjerpende omstendigheter kan være der det er tale om de store bakmenn for narkotikaomsetningen.³⁹

2.2.5.2 ”rammes av straffeloven...§ 317jf. § 162”

Straffelovens § 317 jf. 162 oppstiller et forbud mot heleri og hvitvasking av utbytte som stammer fra en narkotikaforbrytelse. Kriminalitetskravet gjelder for hemmelig ransaking og kommunikasjonsavlytting. Første ledd oppstiller to alternativer som gjerningspersonen kan rammes av; og gjerningspersonen kan rammes av enten det ene eller begge alternativene. Det første alternativet rammer den som ”mottar eller skaffer seg eller andre del i utbytte av en straffbar handling (heleri)”. Det andre alternativet rammer den som ”yter bistand til å

³⁵ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 1/1998 (RA-98-180), endret ved vedtak RA 04-171 27. september 2007.

³⁶ Norsk Lovkommentar, s. 111, note 1378.

³⁷ NOU 1982: 25 s. 42.

³⁸ Se Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. 2008 s. 249

³⁹ Ot.prp. nr. 23 (1983-84) Del B s. 29.

sikre slikt utbytte for en annen (hvitvasking)”, jf. første ledd. Hvitvasking som en selv begår, er også straffbar, jf annet ledd.

Etter fjerde ledd, rammes også grove overtredelser av første og annet ledd. For å vurdere om overtredelsen anses som grov, skal det legges vekt på ”art og mengde av det stoffet utbyttet knytter seg til”, jf. fjerde ledd tredje punktum. Strafferammen er fengsel inntil seks år, jf fjerde ledd første punktum. Gjelder overtredelsen en narkotikaforbrytelse, kan strafferammen på inntil 21 år benyttes ved særdeles skjerpende omstendigheter, jf. femte ledd.

2.2.6 ”rammes av...lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. § 5⁴⁰

Etter eksportloven § 5, vil det være forbudt etter alternativ en, å utføre eller søke å utføre varer, teknologi eller tjenester, som kan være betydning for andre lands utvikling.

Kriminalitetskravet gjelder for teknisk sporing av person og kommunikasjonsavlytting.

Produksjon eller anvendelse av produkter til militært bruk, eller som kan bidra til å utvikle et lands militære evne, er også forbudt. Alternativet gjelder også forbud mot å utføre varer og teknologi som kan benyttes til terrorhandlinger som omfattes av strl. § 147a første ledd, jf første ledd jf. § 1

Annet alternativ gjelder forbud mot å overtre eller søke å overtre vilkår som er satt for tillatelsen for utførselen av teknologi, varer eller tjenester som nevnt i første alternativ, jf § 1.

Tredje alternativ gjelder forbud mot å gi muntlig eller skriftlig uriktige opplysninger om forhold, som er av betydning for tillatelse for utførsel, når det skjer i erklæring til offentlig myndighet, eller til noen som handler på vegne av offentlig myndighet. På samme måte

⁴⁰ Lov av 18.12.1987 nr. 93 Lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi mv.

gjelder det for fullmakter som er gitt for å sette en annen i stand til å gi uriktig erklæring, som har betydning for tillatelsen, jf tredje alternativ bokstav b.

På andre måter som nevnt i alternativ en, to eller tre, vil det være forbudt å overtre eller søke å overtre bestemmelser gitt i eller medhold av eksportloven jf. fjerde alternativ.

2.3 Ytterligere vilkår som retten må legge vekt på ved å gi tillatelse til å anvende hemmelige tvangsmidler

2.3.1 Indikasjonskrav og subsidiaritetskrav

For å kunne bruke metoder som hemmelig ransaking, teknisk sporing, kommunikasjonskontroll eller romavlytting, kreves det at metodebruken må antas å være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad ville blitt vanskeliggjort uten bruken. I bestemmelsen som omhandler fjernsynsovervåking på offentlig sted, foreligger det bare et indikasjonskrav. Indikasjons- og subsidiaritetskravet er vilkår som ble tatt inn i forbindelse med lovfesting av de hemmelige tvangsmidlene. Ved at tvangsmidlene skjer skjult for mistenkte, vil muligheten for kontradiksjon være borte. Det inngrepet som de hemmelige tvangsmidlene medfører, vil ofte være mye større enn ved beslutning av de mer generelle tvangsmidlene. Lovgiver har derfor sett viktigheten av å ivareta rettighetene til de som vil bli berørt, og at vilkårene vil virke som en forhåndskontroll på at politiet ikke gis tillatelse til å bruke mer inngripende midler enn nødvendig før en beslutning gis. Forarbeidene uttaler at formålet med vilkårene er at de skal ivareta mistenktes grunnrettigheter ved at retten og påtalemyndigheten må foreta vurderingen om at det faktisk foreligger en viss mulighet for at tvangsmidlet vil innbringe opplysninger av betydning for det formål som ligger til grunn for metoden, og at det ikke foreligger mindre inngripende metoder som kan være anvendelige.⁴¹ Vilårene vil hindre at politiet vilkårlig kan benytte seg av hvilken som helst metode de finner mest hensiktsmessig og ved det gjøre større inngrep hos mistenkte enn nødvendig.

⁴¹ Ot. prp .nr. 60 (2004-2005) s. 70, pkt. 6.4.1.

Vilkåret ”antas å være av vesentlig betydning for å oppklare saken” er indikasjonskravet. Begrepet ”antas” tilsier at kravet ikke er strengt, men at det må foreligge en viss mulighet for at metoden vil innbringe opplysninger som kan brukes som bevis, eller andre opplysninger som kan bidra til saken oppklares. Forarbeidene uttaler at det må foreligge ”en viss sannsynlighet”, men at dette vil variere fra sak til sak, og noen ganger kreve sannsynlighetsovervekt.⁴² I saker som berører tredjepersoner som identifisering av kommunikasjonsanlegg, vil det kreves større krav til sannsynligheten, fordi inngrepet kan berøre andre personer enn mistenkte. Personvernet spiller inn som en skranke for vurderingen om tillatelsen skal gis. Bestemmelsen sier ikke noe om hva som ligger i begrepet ”vesentlig betydning”. I forarbeidene er det sagt at det må være et «konkret behov for å kunne bruke metoden.»⁴³ Et konkret behov kan være der andre midler antas å ikke være tilstrekkelig til å innbringe bevis til å opplyse saken på best mulig måte. Det kan tenkes at spaning på mistenkte vil antas å gi mindre tilstrekkelige bevis enn det kommunikasjonsavlytting ville gjort. Det samme kan tenkes i saker der politiet trenger å vite hvor mistenkte er i forbindelse ved etterforskning av et lovbrudd; da vil teknisk sporing av person i noen tilfeller være mer hensiktsmessig enn å innhente trafikkdata.

Vilkåret ”oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort” er kjent som subsidaritetskravet. Vilkåret tilsier at det ikke må foreligge lempeligere alternativer som vil antas å være tilstrekkelig for å oppklare saken. Andre metoder trenger ikke å være fysisk utprøvd før beslutningen gis. Forarbeidene uttaler at det gjelder et skjerpet proposjonalitetsprinsipp.⁴⁴ Vilkåret supplerer forholdsmessighetsvurderingen som generelt gjøres i § 170a.

Hemmelige tvangsmidler skal ikke tillates hvis andre mindre inngripende metoder kan forventes å innbringe de samme opplysningene. Forarbeidene uttaler at momenter som

⁴² Ot. prp .nr. 60 (2004-2005) s. 70, pkt. 6.4.1

⁴³ NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern s. 51. Heretter kalt NOU 2004: 6.

⁴⁴ Ot. Prp. nr. 64 (1998-1999) s. 147.

fare, tidsaspektet og ressurs hensyn vil være momenter som kan tillegges vekt ved vurderingen om å benytte et bestemt tvangsmiddel, selv om det foreligger lempeligere alternativer som kan forventes å gi samme opplysninger.⁴⁵ Momentene er uttalt å ha vekt for etterforskning i avvergende eller forebyggende øyemed, men det antas at de samme momenter vil kunne benyttes i vurderinger som knytter seg til etterforskning av overtredelser som en person er mistenkt for å ha begått. Faremomentet spiller inn i de tilfeller der andre tvangsmidler ville medføre at noens liv eller helse vil være i fare hvis den alternative metoden skulle nyttes.⁴⁶ Det kan tenkes at teknisk sporing av objekt kunne medført at polititjenestemenn eller andre ville blitt satt i større fare enn om mistenkte hadde blitt sporet direkte. Tidsaspektet gjelder i de tilfellene der det er begrenset tid til å etterforske, og der alternative metoder ville kunne medføre at det hadde tatt lenger tid å innhente de samme opplysningene enn det bruken av det aktuelle tvangsmidlet ville gjort.⁴⁷ Ressursmomentet spiller inn når en bestemt metode kan gi de samme opplysninger en mer omfattende og personellressurskrevende spaning.⁴⁸ Spaning er ansett for å være et mindre inngripende tvangsmiddel. Det samme kan tenkes å gjelde der det er snakk om svært kostnadskrevende metoder som for eksempel spaning kan være, fremfor teknisk sporing av kjøretøy.

Det foreligger også et skjerpet materielt vilkår for avlytting av telefoner som er ”tilgjengelige for et større antall personer”, jf § 216c annet ledd. Dette kan være telefoner oppsatt i det offentlige rom eller såkalte ”publikumstelefoner”, som myntautomater.⁴⁹ Begrepet ”større antall personer” skal forstås slik at må være det må være tale om flere enn bare noen få personer. Det kan tenkes at anmodningen gjelder en felles linje til en

⁴⁵ Ot. prp .nr. 60 (2004-2005) s. 71-72, pkt. 6.4.1.

⁴⁶ Ot. prp .nr. 60 (2004-2005) s. 72, pkt. 6.4.1.

⁴⁷ l.c.

⁴⁸ l.c.

⁴⁹ Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik *Norsk Lovkommentar til straffeprosessen*. 3. utg. 2001, s. 748, nr. 3. Heretter kalt Bjerke/Keiserud (2001).

boligblokk med flere leiligheter, som medfører flere tilgjengelige telefonapparater enn bare noen få lokale.⁵⁰

For kommunikasjonsavlytting foreligger det et tilleggsvilkår, jf § 216c annet ledd. Begrepet ”særlige grunner” skal forstås som omstendigheter som medfører et skjerpet krav for at tillatelsen skal kunne gis. Dette kan for eksempel være at retten må vurdere inngrepet strengere hvis det medfører avlytting for et større antall utenforstående personer eller for yrker som er underlagt fortrolighet. Som nevnt ovenfor, vil avlytting av flere personer for å identifisere hvilken mobiltelefon mistenkte benytter seg av, være et eksempel på at det må strengere krav til for at slik avlytting skal kunne besluttes, for eksempel den omstendighet at forbrytelsen som er begått er av alvorlig karakter. I følge annet ledd annet punktum vil fortrolighetsyrker være ”advokat, lege, prest eller andre som erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art”. Tilleggsvilkåret gjelder så lenge det ikke er disse selv som er mistenkt i saken. På den ene siden stadfester lovgiver at personvernet veier tyngre i de saker som omhandler avlytting av samtaler der tredjepersonen innehar et yrke som medfører streng taushetsplikt. På den andre siden må ikke personvernet være en så stor skranke at politiet ikke har mulighet til å oppklare saken eller ved at mistenkte innretter seg på en slik måte at han kan unndra seg avlyttingsadgangen.

2.3.2 Oppnevning av advokat – § 100a

Bestemmelsen omhandler mistenktes rett på å få oppnevnt offentlig advokat når det besluttes metodebruk som hemmelig ransaking, teknisk sporing mot person, kommunikasjonskontroll og hemmelig romavlytting. For saker som omhandler fjernsynsovervåking på offentlig sted eller teknisk sporing av objekt, er det ikke krav om at det oppnevnes advokat for mistenkte.⁵¹ Ved at de ekstraordinære tvangsmidlene nyttes, krever det at mistenkte ikke underrettes jf. tredje ledd. Han eller hun får ikke status som siktet, jf. § 81. For at mistenkte skal inneha sine rettigheter som siktet, blir det oppnevnt

⁵⁰ Bjerke/Keiserud (2001) s. 748.

⁵¹ NOU 2009: 15 s. 169, pkt 15.5.

offentlig advokat som, ivaretar den mistenkte rettstilling, jf. annet ledd. Advokaten påser at rettsikkerheten blir ivaretatt, og at mistenkte ikke utsettes for overgrep når det gjelder personvernet. Advokatens oppdrag avsluttes etter rettsmøtet og eventuelt bruk av rettsmidler.⁵² Advokaten kan ikke opptre som forsvarer for mistenkte i en eventuell senere rettssak, jf. fjerde ledd.

2.4 Prosessuelle krav

2.4.1 "Retten"

Hovedregelen er at retten beslutter kjennelse om tillatelse til gjennomføring av hemmelig ransaking, fjernsynsovervåking, teknisk sporing av person, kommunikasjonskontroll og romavlytting. Bakgrunnen for hovedregelen er at retten er ansett som den mest kompetente myndighet til å fatte slike beslutninger. Påtalemyndigheten må derfor gå til retten for å få kjennelse for å få gjennomføre etterforskningsmidlet. Ved at denne partsprosessen nyttes, sikrer en best mulig forhåndskontroll av om at vilkårene er tilstede. Det ivaretar også tilliten til at den mest kompetente myndighet behandler saken, og at hensynene til personvern og rettsikkerhet er ivaretatt.

Metodeutvalget foreslår ingen endringer i denne ordningen, heller snarere en innstramming i påtalemyndighetens adgang til utsatt underretting.⁵³ Vår rett bygger på at dommeren skal være upartisk, og han vil derfor ha et bedre beslutningsgrunnlag for å foreta avgjørelser om så inngripende metoder som tvangsmidlene innebærer. Tilliten til rettsapparatet er en viktig faktor for systemet.

Rettsikkerhet og personvern spiller en stor rolle i hvem som skal ha adgang til å beslutte utsatt underretting. På den ene siden skal rettsikkerhetshensynet ivareta at den enkelte skal være beskyttet mot vilkårlig inngrep, og ivareta at beslutningen er overveid av den mest

⁵² NOU 2009: 15 s. 168.

⁵³ *ibid.* s. 165.

kompetente myndighet. Skulle påtalemyndigheten hatt adgang til å beslutte dette selv uten at retten tok stilling til spørsmålet, ville vi hatt en utvidet adgang for påtalemyndigheten, noe som ikke ønskes fra lovgivers side. På den annen side skal ikke rettsikkerhetshensynet skape en skranke for at politiet kan benytte seg av hastevedtak. I tilfeller der gjerningspersonen planlegger terroristhandlinger som kan ta livet av mange mennesker, må politiet ha adgang til raskt å kunne gripe inn.

2.4.2 Politiets hastekompetanse

Politiets hastekompetanse kan benyttes i de tilfellene der det er stor fare for at etterforskningen vil lide. Ordre fra påtalemyndigheten kan da tre i stedet for kjennelse av retten.⁵⁴ Vilkårene er de samme som i nevnte bestemmelser og skal forstås på samme måte. Spørsmålet er hva som skal til for at påtalemyndigheten kan fatte et slikt hastevedtak. Det nevnes kort at påtalemyndigheten ikke har hastekompetanse i saker som gjelder fjernsynsovervåking på offentlig sted, og at kompetansen til å beslutte teknisk sporing av objekt er lagt direkte til påtalemyndigheten.

Det første vilkåret er at det må foreligge ”stor fare” for at bevis eller gjerningsperson kan forsvinne ved et eventuelt opphold. Begrepet ”stor fare” er ikke nærmere beskrevet i lovteksten og gir således ingen holdepunkter. Heller ikke forarbeider til de ovennevnte bestemmelser eller til § 216d gir noen nærmere veiledning. En naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier at det må være sannsynlighetsovervekt for at etterforskningen vil lide dersom viktige bevis går tapt ved å vente. Hvis grunnlaget for å ta i bruk etterforskningsmiddelet er at det er lettere og raskere å ikke involvere retten, vil ikke dette være tilstrekkelig.⁵⁵

Det er altså et krav om at ”etterforskningen vil lide” ved at et eventuelt opphold som skyldes at beslutningen må innhentes av retten, må til for å for eksempel ta i bruk etterforskningsmidlet telefonavlytting. Bakgrunnen for vilkåret fremgår av forarbeidene. Det

⁵⁴ Jf. § 200a sjette ledd, annet punktum, § 202c tredje ledd annet punktum, § 216a jf. § 216d, § 216b jf. § 216d, § 216m sjette ledd jf. § 216d.

⁵⁵ Bjerke/Keiserud (2001) s. 749-750.

er her uttalt at i tilfeller som spørsmål om telefonavlytting, vil bevismateriale kunne gå tapt hvis en ikke aksjonerer raskt. Særlige behov for å benytte seg av hastevedtak oppstår når anmodningen om beslutning fra retten faller på en lørdag, søndag eller helligdag.⁵⁶

Videre er det krav om påtalemyndigheten må innhente rettens beslutning innen ”24 timer” etter ordren ble gitt.⁵⁷ Begrepet ”innen” tilsier at påtalemyndigheten må forelegge ordren for retten før fristens utløp, men at retten ikke trenger å ta stilling til beslutningen innen den tid. Oversitter påtalemyndigheten fristen, vil ikke dette nødvendigvis lede til en avvisning, jf. Rt 2005 side 201. Det er også støtte for dette syn i forarbeidene, jf. Ot.prp.nr.40 (1991-1992) side 42 første spalte. Annerledes er det for bestemmelsene som omhandler teknisk sporing av objekt, kommunikasjonskontroll og romavlytting, disse henviser til § 216d. Ifølge § 216d første ledd tredje punktum, vil fristen bli forlenget til retten åpner igjen, hvis fristen ender utenom ordinær åpningstid.

Hvis beslutninger blir gitt muntlig, er det krav om at den snarest mulig må nedtegnes.⁵⁸ Tilfeller hvor påtalemyndigheten har mulighet til å gi ordre muntlig, er der tjenestemenn må handle raskt for å sikre seg bevis, som ellers kunne gå tapt ved å vente på en skriftlig ordre. En muntlig ordre kan gis per telefon. Tjenestemannen vil da ha hjemmel for å gjennomføre tvangsmidlet.

Til slutt er det et krav om kompetanse til å fatte hastevedtak. Kompetansen er stort sett lagt til politimester, visepolitimester, dens faste stedfortreder eller andre innen påtalemyndigheten i ledende stillinger med samtykke fra førstestatsadvokat.⁵⁹ Kompetansen ligger hos de øvre ledere for å sikre at anmodningen kommer fra en mer

⁵⁶ Ot.prp. nr. 10 (1976-77) s. 6.

⁵⁷ Jf. § 200a sjette ledd, annet punktum in fine, § 202c tredje ledd annet punktum.

⁵⁸ Jf. § 200a siste ledd jf. § 197 tredje ledd annet punktum, § 202c annet ledd tredje punktum jf. § 197.

⁵⁹ Jf. § 200a sjette ledd første punktum jf. § 216d annet ledd, § 202c tredje ledd første punktum jf. § 216d annet ledd, § 216a jf. § 216d annet ledd, § 216b jf. § 216d annet ledd, § 216m sjette ledd jf. § 216d annet ledd.

kompetent innen påtalemyndigheten, og for at ikke alle innen påtalemyndigheten skal ha denne muligheten.

Hastekompetansen er gitt i situasjoner der det er påtrengende nødvendig at tvangsmiddelet iverksettes uten unødig tidsspille. For eksempel kan det tenkes at det fare for mistenkte unndrar seg straffeforfølgning ved å forlate landet, uten at politiet vet hvor mistenkte befinner seg. Polititjenestemannen vil da ha mulighet til å innhente muntlig ordre pr telefon og ved det ha hjemmel til for eksempel å innhente trafikkdata om hvilke basestasjoner mistenkte har vært knyttet til. Et argument som kan tale imot en slik adgang, er at den mest kompetente myndigheten ikke får vurdert om vilkårene er til stede, og at det derfor er oppstår en mulighet for at rettsikkerheten ikke blir ivaretatt på best mulig måte. Dette fordi at inngrepet allerede er skjedd, og kan ikke forelegges domstol for forhåndsgodkjennelse. Det blir da snarere en etterprøving av at vilkårene var tilstede da tvangsmidlet ble iverksatt, og en bekreftelse på at inngrepet kan opprettholdes om nødvendig.

2.4.3 Forholdsmessighetsvurderingen - §170a

Det siste retten må ta stilling til er forholdsmessigheten i forhold til hvilke bevis det antas at tvangsmiddelet vil innbringe og om det står i forhold til inngrepet dette vil medføre i de vernede rettighetene til mistenkte. Bestemmelsen er nært beslektet med indikasjon- og subsidiaritetskravet, som tilsier et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp, jf § 200a, § 202c og § 216c. Begrepet ”kan” i de enkelte tvangsmiddelbestemmelsene tilsier at retten eller påtalemyndigheten må foreta en vurdering etter § 170a. Begrepet ”tilstrekkelig grunn” går videre enn forholdsmessighetsvurderingen etter annet punktum, jf første punktum, og angir en hensiktsmessighetsbegrensning.⁶⁰ Begrepet ”sakens art og forholdene ellers” tilsier at en skal legge vekt på alle opplysninger som kan ha betydning for mistenkte, jf annet punktum. Begrepet ”uforholdsmessig inngrep” knytter seg til både vurderingen som gjøres før beslutningen gis, og vurderingen som må gjøres underveis. Begrepet skal forstås slik at det ikke må foreligge lempeligere alternativer som kan antas å gi samme bevisverdi.

⁶⁰ Norsk Lovkommentar, s. 1355, note 994.

2.5 Hvilke hemmelige tvangsmidler kan benyttes når vilkårene er oppfylt?

2.5.1 Hemmelig ransaking § 200a

Straffelovens § 200a omhandler politiets adgang til å foreta hemmelig ransaking hos mistenkte. Hemmelig ransaking benyttes som et skjult etterforskningsmiddel i saker der det er nødvendig at den mistenkte ikke underrettes. Etterforskingen skal avdekke om det foreligger et mulig straffbart forhold, jf. § 224. Å se rundt på eiendommen og inne i huset vil ikke være skjult etterforsking. Det kan tenkes at politiet er tilkalt for et innbrudd, og at eieren ikke er hjemme.

Selve uttrykket ”hemmelig ransaking” er nevnt under begrepsforklaringen, se pkt 1.4.3. I utgangspunktet har politiet adgang til å foreta ransaking eierens bolig, rom eller oppbevaringssted med hjemmel i strpl. § 192. Utsatt underretting om ransaking ble først tatt inn i loven ved en lovendring i 1999.⁶¹ Tidligere måtte hemmelig ransaking hjemles i nødrett, jf. strl. § 47, og gjaldt enhver overtredelse av straffelovens kapittel 8 og 9.⁶² Nå er det bare overtredelser i kapittel 8 og 9 som kan straffes med fengsel i mer enn 10 år eller mer, eller at forbrytelsen gjelder en av de oppregnede bestemmelsene.⁶³ Mistankekravet og kriminalitetskravet er behandlet under pkt 2.1 og 2.2.

Metoden hemmelig ransaking kan gjennomføres ved at tjenestemenn tar seg inn i mistenktes bolig, rom eller oppbevaringssted for å søke etter spor eller bevis uten at mistenkte er underrettet. Det er ikke begrensinger for hva politiet kan gjennomføre så lenge gjenstandene er plassert hos mistenkte. Det kan også tenkes at tvangsmidlet omfatter ransaking av mistenktes datamaskin.

⁶¹ NOU 2004: 6 s. 206, pkt. 10.7.9.1.

⁶² Ot. prp. nr. 60 (2004-2005) s. 66, pkt. 6.2.4.

⁶³ *ibid.* s. 136-137, pkt. 10.2.

Begrepet ”utsatt underretting” skal forstås som at mistenkte ikke informeres om at det gjennomføres tvangsmidler mot han eller henne. Politiet kan ikke uten videre ta seg inn i mistenktes bolig for å søke etter gjenstander uten at mistenkte er underrettet, jf § 200. Bestemmelsen kan sies å være et unntak fra denne bestemmelsen. En antitetisk tolkning av første ledd første punktum tilsier at så snart ransakingen er fullført, skal mistenkte underrettes om at det er gjennomført ransaking og resultatet av denne. Meddelelse av kjennelsen kan også i ettertid utsettes til et nærmere bestemt tidspunkt, hvis det er ”strengt nødvendig”, jf. tredje ledd annet punktum. Det kan være fra åtte uker til seks måneder eller inntil tiltale tas ut, jf. tredje ledd annet punktum. Begrepet ”strengt nødvendig” skal forstås som tilfeller der underretting ville skadet etterforskingen betraktelig, enten i saken som etterforskes eller når underrettingen kan ha betydning for andre saker. Forarbeidene uttaler at det skal mye til for at underretting utsettes i ettertid.⁶⁴ I tilfeller som omhandler rikets sikkerhet kan meddelelsen unnlates helt, jf. tredje ledd, tredje punktum. Forarbeidene taler for at det skal mye til for at slik tillatelse gis⁶⁵.

På den ene siden er metoden ansett for å være svært inngripende i mistenktes personvern. En ransaking vil kunne være en endevending av hjemmet, ved at tjenestemenn går igjennom alt som kan være av betydning for etterforskingen. I en ransaking kan politiet komme over personlige eiendeler som brev, bilder, sexleketøy og andre gjenstander som anses som personlige og sensitive opplysninger. På den andre siden er det et viktig mål og verktøy for politiet for å kunne avdekke bevis. Metodene som kriminelle bruker blir stadig mer utspekulerte, og bevis som kunne blitt innhentet i en vanlig ransaking, slettes eller ødelegges fordi mistenkte vet at ransaking er nært forestående. Lovgiver har her ansett at hemmelig ransaking kan besluttes, fordi det anses som viktigere å bekjempe kriminalitet på en effektiv måte enn at personvern hensynet skal vektlegges.

⁶⁴ Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) s. 147, kap. 23.

⁶⁵ l.c.

Mindretallet i metodeutvalget uttaler i NOU 2004: 6 at hemmelig ransaking «brukes svært lite blant annet fordi det er svært vanskelig å gjennomføre en hemmelig ransaking. Fra de ulike enheter utvalget har vært i kontakt med, har det heller ikke vært signalisert et behov for metoden.»⁶⁶ Utviklingen har vært at metodeutvalget foreslår en innstramming i påtalemyndighetens mulighet til å utstede ordre ved stor fare for at etterforskingen vil lide eller bli ødelagt. Grunnen kan være at det er en meget inngripende metode ovenfor mistenkte.

2.5.2 Skjult fjernsynsovervåking på offentlig sted § 202a

Skjult fjernsynsovervåking på offentlig sted benyttes når politiet driver skjult etterforsking, og kan bare iverksettes når det er ”rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold”, jf. § 224. Fjernsynsovervåking av bestemte begivenheter og ikke nærmere bestemte personer faller utenfor denne begrensningen. Dette reguleres av personopplysningsloven § 36, som går inn i den mer generelle håndhevelse av ro og orden, som kan omhandle fjernsynsovervåking situasjoner som fotballkamper, demonstrasjoner og overvåking av trafikkbildet. Skjult fjernsynsovervåking benyttes som et etterforskningsmiddel mot bestemte personer i straffesaker som kan medføre fengsel i mer enn 6 måneder, i den hensikt å innhente opplysninger som skal tjene som bevis i en eventuell senere rettssak.

Hva som ligger i begrepet ”skjult fjernsynsovervåking” er nevnt under pkt 1.4.4.

Det kan kort nevnes at det ikke er adgang til å gjennomføre skjult fjernsynsovervåking i det private hjem, og at det må anses straffbart etter strl. § 390a. Heller ikke fjernsynsovervåking på arbeidsplassen faller inn under bestemmelsen. Overvåkingen skjer skjult når beslutningen treffes uten at den mistenkte eller andre den rammer blir underrettet om at en slik beslutning er truffet, jf. tredje ledd. Som nevnt over gjelder kravet at det er

⁶⁶ NOU 2004: 6 s. 206, pkt. 10.7.9.2.

”skjellig grunn” til mistanke, jf. pkt 2.1. I følge forarbeidene er det heller ikke krav om at den straffbare handlingen er begått på offentlig sted.⁶⁷

Hva ligger i begrepet ”offentlig sted”? I straffeloven § 7 nr 1 er ”offentlig sted” definert som ”ethvert for almindelig Færdsel bestemt eller almindelig befærdet Sted”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at ethvert sted der den allmenne befolkningen kan ferdes som ikke er privat, er å anse som offentlig sted. Stedet trenger ikke å ferdes til stadighet av den allmenne befolkning for at det skal anses som offentlig; leilighetsvis brukte steder godtas, jf. Rt. 1959 side 578.

Ved at den mistenkte eller andre som rammes av fjernsynsovervåking blir filmet kan, politiet enkelt sikre seg bevis før eventuelt påtale blir reist. En slik filming kan allikevel oppleves som meget inngripende for den som rammes, ikke bare det at en blir filmet der og da, men også for at opptakene kan lagres i lengre tid. Personvernet, og særlig da den personlige integritet spiller stor rolle i slike saker; det er derfor den eksklusive kompetansen er lagt til retten, jf. pkt 2.4.1. Fjernsynsovervåkingen trenger ikke å skje systematisk over lengre tid. Det er muligheter for å overvåke i flere korte perioder, men da iakttagelse av bestemte personer.⁶⁸ Det er bare mulighet for å overvåke ved fjernbetjente eller automatiske kameraer. I hovedsak er det heller ikke lov å gjøre opptak av lyd i kombinasjon med fjernsynsovervåking. Dette gjelder både om opptaket av lyd skjer samtidig, og ved at lydopptaket foregår et annet sted og deretter settes sammen med bilde i etterkant. Det kan tenkes unntak ved hjemmel i ulovfestede personvernsregler eller at det ikke faller inn under bestemmelsen om forbud mot avlytting, jf. straffelovens § 145a.⁶⁹ Vurderingen vil da bero på hvilken verdimesig betydning beviset antas å ha og hvor alvorlig den straffbare handlingen er, mot den personlige integritet til den inngrepet er rettet mot. Hensynet til personvern er nærmere behandlet i pkt. 3.2.1.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 56 (1989-90) s. 60, kap. 12.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 56 (1989-90) s. 58.

⁶⁹ Norsk Lovkommentar s. 1364, note 1288.

Må den skjulte fjernsynsovervåkingen skje på og fra offentlig sted rettet mot offentlig sted? I hovedsak må overvåkingen skje på offentlig sted ved at ordlyden taler om ordet ”på”. Det kan tenkes at et kamera har mulighet til å zoome inn på en privat bolig som ligger innenfor kamerats rekkevidde. Å overvåke en privat bolig der en vet at det pågår kriminell virksomhet som for eksempel salg av narkotika, ville være et hensiktsmessig verktøy for å kunne identifisere hvem som benytter seg av boligen. Personvernet taler sterkt imot en slik adgang. I og med at ordlyden taler om overvåking på offentlig sted, må den forstås som overvåking fra offentlig sted rettet mot offentlig sted. I forarbeidene er også støtte for et slikt syn. Metodeutvalget uttaler at de er kjent med underrettspraksis som har gitt tillatelse til at overvåking har skjedd fra offentlig sted mot et privat inngangsparti. Utvalget uttaler videre at det ikke er opplagt at § 202a åpner for en slik adgang, og slutter seg til at denne adgangen ikke kan hjemles etter gjeldende rett.⁷⁰ Om det bør være adgang til skjult fjernsynsovervåking mot privat sted, behandles nærmere under pkt. 4.1.1

Tillatelse for fjernsynsovervåkingen kan ikke gis for et tidsrom lenger enn ”strengt nødvendig”, jf. annet ledd annet punktum. Begrepet ”strengt nødvendig” tilsier at overvåkingen ikke må pågå over tid lenger enn det som er antatt behov for å innhente tilstrekkelige bevis for å reise påtale. Foreligger det tilstrekkelig materiale til å reise påtale, skal fjernsynsovervåkingen avsluttes. Dette for å forhindre at politiet lar opptaket gå ut over tidsfristen i håp om å fange opp overskuddsinformasjon. Det er også krav om at retten ikke gir tillatelse til fjernsynsovervåkingen utover ”4 uker”, jf. annet ledd annet punktum in fine. Ordlyden gir et inntrykk av en absolutt frist på 4 uker. Dette samsvarer dårlig med lovforarbeidene, og ville avskjære politiet fra å etterforske ved hjelp av fjernsynsovervåking som strekker seg utover 4 uker. Retten kan beslutte ny 4 ukers frist etter utløpet av den forrige beslutningen.⁷¹

⁷⁰ NOU 2009: 15 s. 222, , pkt. 21.4.2.

⁷¹ Ot.prp. nr. 56 (1989-90) s. 60, kap. 12.

2.5.3 Teknisk sporing - §202b og §202c

Bestemmelsene gjelder politiets mulighet til å identifisere hvor sporede person eller gjenstander befinner seg eller dets bevegelsesmønster. Følger gjenstanden en mistenkt over lengre tid, kan politiet også se hans eller hennes posisjon eller bevegelser, og forholdet kan da falle utenfor § 202b. Teknisk sporing av objekt eller person er skjulte etterforskningsmidler, som benyttes for å avdekke om det foreligger overtredelse av straffbare forhold. Etterforsking iverksettes etter § 224. Fysisk sporing av et objekt eller person, vil ikke være skjult etterforskning som faller innenfor teknisk sporing.

Begrepet ”teknisk peileutstyr” er nevnt under pkt 1.4.5. Det kan nevnes kort at beslutningsmyndigheten ligger hos påtalemyndigheten i saker om sporing av ”kjøretøy, gods eller andre gjenstander”, og for teknisk sporing av personer følger beslutningsmyndigheten av retten. Kriminalitetskravet er utvidet i § 202b til å også gjelde strl. § 162c. Bestemmelsen omhandler forbud mot å inngå forbund med noen om å begå en straffbar handling som kan straffes med fengsel i minst tre år.⁷²

Etter § 202b kan politiet feste teknisk peileutstyr på ”kjøretøyer, gods eller gjenstander”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at begrepet favner meget vidt. Forarbeidene uttaler at det må gjelde alle typer gjenstander, og at kjøretøyer eller gods bare er eksempler på gjenstander som kan spores.⁷³ I de fleste tilfeller må en gjenstand forflyttes fysisk av en person, enten ved at den bæres med personen eller at den transporteres i et transportmiddel. Spørsmålet er da hvor grensen går for når politiet sporer en gjenstand eller når tvangsmidlet benyttes til å identifisere en persons lokalisasjon eller bevegelsesmønster. Spørsmålet er nært knyttet til personvern ved at det ene tvangsmiddelet er mer inngripende enn det andre og underlagt strengere vilkår, jf. § 202c. Tidsaspektet og gjenstandens tilknytning til mistenkte vil være momenter av betydning for vurderingen.⁷⁴

⁷² Bestemmelsen nevnes ikke noe nærmere da den bare gjelder for § 202b.

⁷³ NOU 2009: 15 s. 206, pkt. 18.1.

⁷⁴ l.c.

Loven gir ingen veiledning for tidsaspektet. I tilfeller der teknisk sporing benyttes til å spore gjenstander vil det være naturlig at en mistenkt eller tredjeperson blir berørt av metoden som kan tilsi en strengere vurdering. Hvor lang tid den mistenkte er i kontakt med den sporede gjenstanden vil variere fra sak til sak. Det er i hvert fall klart at i de tilfellene gjenstanden følger mistenkte uavbrutt i lengre perioder, vil en være utenfor § 202b. Dette må da hjemles i § 202c. Det er støtte for dette syn i forarbeidene.⁷⁵ I vurderingen av gjenstandens tilknytning til mistenkte gir loven heller ingen veiledning. Forarbeidene nevner noen gjenstander som er egnet for å være tilknyttet mistenkte over tid, som for eksempel smykker, sko eller belte.⁷⁶ Disse vil da falle utenfor § 202b. Eksempler på hva som vil falle inn under begrepet er for eksempel ransutbytte, tyvegods, kjøretøyer og narkotikapartier. Disse gjenstandene vil følge mistenkte over tid, men er ikke ansett å være så nært tilknyttet til mistenkte at han eller hun kan forfølges uavbrutt over lengre perioder.

Hva med gjenstander som berører tredjepersons interesser, som for eksempel sporing av en familiebil som mistenkte bruker? På den ene siden vil hensynet til personvernet være viktig. Sensitivitetsprinsippet tilsier at det må anses mer inngripende at en person spores enn et kjøretøy. En skal bestrebe seg på at utenforstående blir minst mulig berørt av tvangsmidlet, og at det er så effektivt og forholdsmessig som mulig, se nærmere om dette under pkt. 3.2.1. En tredjeperson vil stort sett anse det som en krenkelse mot privatlivet hvis opplysninger om bevegelsesmønsteret og hans eller hennes lokalisasjon registreres og lagres. På en annen side vil politiet stå ovenfor vanskeligere og tøffere oppgaver ved å spane på kriminelle. Et annet argument er det sikkerhetsmessige ved spaning mot et familiekjøretøy, der mistenkte kan prøve å riste av seg spaningen eller foreta handlinger med høy risiko for eventuelle tredjepersoner. Ved bruk av teknisk sporing kan politiet operere fra lengre avstand, og være med på forhindre farlige situasjoner eller å ødelegge

⁷⁵ NOU 2009: 15 s. 206, pkt. 18.1.

⁷⁶ Ot. prp. nr 64 (1998-1999) s. 118 og 149.

etterforskningen ved å bli gjenkjent.⁷⁷ Det foreligger også regler for sletting og endring av opplysninger som lagres om tredjepersoner.

Etter § 202c vil politiet ha adgang til å feste peileutstyr på ”klær eller gjenstander som mistenkte bærer på seg”, jf. litra a, og ”... i veske eller annen håndbagasje som den mistenkte bærer med seg”, jf. litra b. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at alle typer gjenstander som mistenkte bærer på seg eller med seg, kan spores. Etter forarbeidene er det ikke anledning til å feste peileutstyr direkte på mistenktes kropp.⁷⁸ Dette ble ansett som for inngripende, og det foreligger heller ikke lovhjemmel som gjør dette mulig. Det nevnes kort at politiet har mulighet til å foreta innbrudd for å plassere teknisk peileutstyr på gjenstander som er nevnt i § 202b eller § 202c, jf. litra c. Vilåret for at retten kan beslutte dette tvangsmidlet, er at det i tillegg til kriminalitets- og mistankekravet må foreligge indikasjon og subsidiaritet.⁷⁹ I motsetning til § 202b er § 202c også underlagt et krav om at tillatelsen ikke skal gis ”for mer enn 4 uker om gangen”, og heller ikke lenger enn ”strengt nødvendig”.⁸⁰ Kravet er tatt inn fordi det antas at sporing av person vil være mer inngripende i personvernet enn sporing av et objekt.

Spørsmålet som oppstår her er hva er å anse som mistenktes kropp og hva er ansett som gjenstander som bæres på seg eller med seg. Som nevnt over vil gjenstander som sko, belte og smykker være gjenstander som kan spores ved hjelp av teknisk peileutstyr. Etter forarbeidene ble disse gjenstandene vurdert til ikke å være gjenstander som er for inngripende i personvernet, ved at de tas av regelmessig og derfor ikke vil medføre kontinuerlig overvåkning over tid.⁸¹ Gjenstander som brukes jevnlig, og som tas av eller legges fra deg når du sover, kan være klokke eller mobil. Sporing av mobil ved hjelp av

⁷⁷ NOU 1997: 15 s. 113.

⁷⁸ NOU 1997: 15 s. 114 og Ot. prp. nr 64 (1998-1999) s. 118.

⁷⁹ Jf. § 202c annet ledd første punktum.

⁸⁰ Jf. § 202c fjerde ledd annet og tredje punktum jf. § 216f annet ledd.

⁸¹ NOU 1997: 15 s.114 og Ot. prp. nr 64 (1998-1999) s. 118 og 149.

opplysninger om hvilke basestasjoner den har vært koblet opp imot, vil reguleres av § 216a, og således falle utenfor § 202c. På den ene siden vil klokke være noe som sitter tett på kroppen, og vil i mange tilfeller medbringes hver dag. Inngrepet i den enkeltes personvern vil være større enn ved andre gjenstander som byttes ut, som klær, smykker eller belter. Klokker og smykker vil være de gjenstandene som kommer tettest inn på huden, og være nær den innerste sirkel for den private sfære. På en annen side vil metoden være av viktig betydning der en kan fastslå posisjon eller bevegelsesmønster til den som er mistenkt med størst mulig sikkerhet. Derfor vil gjenstander som medbringes ofte eller stadig gi størst mulighet til å innhente bevis mot mistenkte, enn gjenstander som medbringes sjeldnere. Et annet argument er at politiets bruk av metoden kan gi viktige bevis uten at politiet trenger å spåne på personen fysisk; også her som i fjernsynsovervåkning vil politiet spare personelle og materielle ressurser. Dette bør imidlertid vurderes individuelt for hvert tilfelle, da noen gjenstander kan virke mer inngripende i personvernet enn andre, hvis de spores over lengre tid.

Eksempler på hva som er ”mistenktes kropp” vil være kroppens hulrom, og i eller under huden. For at teknisk peileutstyr skal kunne festes på kroppen ville en mest sannsynlig måtte trenge medisinsk personell, og da ville ikke sporingen være skjult for mistenkte. En ville i slike situasjoner også være innenfor den innerste sirkel for den private sfære, og klar lovhjemmel må da foreligge.

2.5.4 Skjult kommunikasjonsavlytting § 216a

Bestemmelsen omhandler politiets mulighet til skjult å avlytte samtaler eller kommunikasjonsanlegg for å innhente bevis mot mistenkte. Kommunikasjonsavlytting er et skjult etterforskningsmiddel, som benyttes for å avdekke om det foreligger en overtredelse av straffebudene, som er tatt inn § 216a. Etterforskningen må gjelde mellom mistenkte og en tredjepart, og vil ikke gjelde for samtaler der politiet selv deltar i samtalen eller i kommunikasjonsutvekslingen. Etterforskningen av disse tilfellene vil omfattes av § 216l.

Begrepet kommunikasjonsavlytting er nevnt under pkt. 1.4.6. Det nevnes kort at avlytting gjelder bare i de tilfellene samtaler eller informasjonsutvekslingen finner sted, og vil ikke omfatte lagrede samtaler eller lagret informasjonsutveksling som filer, e-post, tekstmeldinger og lignende.⁸² Dette må hjemles i reglene om utlevering og beslag.

Som nevnt gjelder avlyttingen for samtaler eller annen kommunikasjon, jf. tredje ledd. Hva som ligger i ”annen kommunikasjon” er ikke nærmere definert i loven. I forarbeidene er uttrykket ”samtale” eller ”annen kommunikasjon” forstått som alle typer informasjonsutveksling mellom kommunikasjonsanlegg, og omfatter også overføring av tekst, bilde og film.⁸³ Samtalen gjelder mellom mistenkte og en tredjepart, og kan skje fysisk, over telefon eller over data. Politiet har ikke anledning til å overvåke hva som skjer på maskinen direkte. Dette må hjemles i bestemmelsen om romavlytting, jf. § 216m.⁸⁴

Videre gjelder kommunikasjonsavlyttingen bare ”til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon”, jf. tredje ledd. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at avlyttingen bare kan knyttes til kommunikasjonsmidler og ikke til en bestemt person. Dersom det er en telefon som skal avlyttes, må denne identifiseres i kjennelsen med et IMEI-nummer (International Mobile Equipment Identity), og den kan knyttes til både telefonnummeret og/eller IMEI-nummeret.⁸⁵ Datamaskiner kan identifiseres ved hjelp av IP-adressen, hvis denne er fast. Er IP-adressen dynamisk, kan den ikke knyttes til tillatelsen, da denne ikke er egnet til å identifisere en bestemt datamaskin.⁸⁶

⁸² Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 156, kap. 23.

⁸³ l.c.

⁸⁴ NOU 2009: 15 s. 176.

⁸⁵ Bjerke/Keiserud (2001) s. 742.

⁸⁶ Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) s. 157.

Et spørsmål som oppstår er hva som ligger i begrepet ”antas å ville bruke”. Begrepet tilsier at det er bare kommunikasjonsanlegg som mistenkte sannsynligvis vil bruke. Det må være bygget på «objektive momenter som gir grunnlag for å konstatere en viss sannsynlighet»⁸⁷ for at det er dette kommunikasjonsanlegget som skal benyttes. Det kreves altså ikke sannsynlighetsovervekt i avveiningen av om mistenkte vil bruke akkurat dette kommunikasjonsanlegget. Det er ikke anledning til å avlytte telefoner som det antas at mistenkte vil ringe til.⁸⁸ Det er anledning til å avlytte de telefoner som mistenkte bruker i sin virksomhet, avlyttingen vil også omfatte tredjepersoner som bruker telefoner som tilhører mistenktes virksomhet, se nærmere i pkt. 3.2.1.

Et moment som kan tale for adgangen til avlytting er sensitivitetsprinsippet⁸⁹, og tilsier at det må anses mer inngripende å avlytte en person direkte enn at hele rommet avlyttes. Det kan tenktes at en person fører en samtale med en person som en stoler på, og da deler informasjon som ellers ikke ville blitt delt hvis det var andre tilstede i rommet. På en annen side vil mikrofon plassert på en person være mer målrettet, og faren for å fange opp irrelevant informasjon og ramme tredjeperson reduseres.

2.5.5 Skjult kontroll av kommunikasjonsanlegg § 216b

Bestemmelsen hjemler politiets mulighet til å innstille eller avbryte kommunikasjon, og den gir også hjemmel til å stenge kommunikasjonen helt. Etterforskingen må også i dette tilfellet settes i gang for å avdekke om det foreligger et straffbart forhold, jf. § 224.

Etterforskingen må gjelde de nevnte straffebud i bestemmelsen, og vil ikke omhandle for eksempel innhenting av trafikkdata der en person er savnet eller i tilfeller hvor en person samtykker.

⁸⁷ Bjerke/Keiserud (2001) s. 743.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 157, kap. 23.

⁸⁹ Se nærmere om prinsippet under pkt. 3.2.1.2.2.

Bestemmelsen nevner et utvidet kriminalitetskrav, og omhandler også §145 annet ledd, § 162c § 204 a, § 317 jf 390.⁹⁰ Begrepet ”annen kontroll av kommunikasjonsanlegg” er nevnt under begrepsforklaringen, jf. pkt. 1.4.6

Alternativ a og b gir politiet adgang til å ”innstille eller avbryte” eller ”stenge anlegg” for samtaler eller annen kommunikasjon, når dette gjelder bestemte anlegg som mistenkte besitter eller antas å ville bruke. Tolkningen av begrepene ”samtale” eller ”annen kommunikasjon” er lik som i § 216a. Begrepet ”innstille og avbryte” tilsier at politiet kan stanse kommunikasjon mellom to personer. Det kan tenkes situasjoner der mistenkte skal pågripes på bakgrunn av mistanke om overtredelse av alvorlig forbrytelse, og fare for at mistenkte blir varslet på telefon. Alternativet kan også tenkes brukt der politiet gjennomfører ransaking eller razzia og ønsker å unngå at personene som oppholder seg på stedet, skal varsle andre.

Alternativ c gir politiet hjemmel til å identifisere anlegg som nevnt i bokstav a ved hjelp av teknisk utstyr. Alternativet omhandler politiets adgang til å avlytte flere anlegg for å kunne stadfeste hvilken telefon som tilhører mistenkte. Er telefonen funnet, må identifiseringen opphøre, jf. forholdsmessighetsprinsippet i § 216c. Politiet har derfor ikke adgang til å lytte videre på samtaler selv om de finner det hensiktsmessig.

Alternativ d gir politiet hjemmel til å innhente trafikkdata. Dette gjelder opplysninger om bestemte anlegg som har vært i forbindelse med hverandre. Det kan for eksempel være opplysninger om tidspunkt på samtaler den mistenkte har gjennomført, hvilke nummer han har ringt, og hvilke basestasjoner den mistenktes telefon har vært knyttet til. Alternativet er nyttig i tilfeller der man vil stadfeste at mistenkte har oppholdt seg nær en forbrytelse som har funnet sted. I Nokas-saken var flere av bevisene blant annet knyttet til trafikkdata fra de

⁹⁰ Bestemmelsene vil ikke bli behandlet noe nærmere. Det kan nevnes kort at i utgangspunktet må de fire straffbarhetsbetingelser være oppfylt. Det gjelder samme unntak til skylddevne som i de andre tvangsmidlene, jf. første ledd annet punktum jf. § 216a første ledd annet punktum.

tiltaltes mobiler. Utlevering av lagret trafikkdata som ikke gjelder et bestemt anlegg i et bestemt tidsrom, må hjemles i reglene om utlevering eller beslag.

2.5.6 Hemmelig romavlytting § 216m

Bestemmelsen omhandler politiets adgang til å drive romavlytting. Det hemmelige tvangsmidlet er ansett for å være et skjult etterforskningsmiddel. Romavlytting må skje for å avdekke om det foreligger overtredelse av de nevnte straffebud i bestemmelsen, jf § 224. Avlytting der polititjenestemannen lytter utenfor mistenktes vindu eller fra et siderom, vil ikke være etterforskning som omfattes av bestemmelsen. Begrepet ”romavlytting” er nevnt under pkt. 1.4.7.

Av bestemmelsen fremgår det straffebud som gjelder særskilt for denne bestemmelsen, disse er § 147a første og annet ledd, § 233, §268 annet ledd jf. § 267, §162 tredje ledd, jf. §60a, og § 233 jf. 132a. Det at bestemmelsen opplister ovennevnte straffebud, tilsier at ingen andre straffebud i straffeloven kan gi grunnlag for romavlytting. Begrepet ”annen hemmelig avlytting enn kommunikasjonsavlytting” vil tilsi at all annen avlytting som er nevnt under § 216a omfattes av bestemmelsen, jf. første ledd. Avlytting der politiet selv deltar faller utenfor bestemmelsen, og må hjemles i § 216l. Tillatelsen kan bare gis der ”hvor det må antas at den mistenkte vil oppholde seg”, jf. fjerde ledd. Det innebærer at beslutningen ikke trenger å knyttes til et bestemt sted; det er nok at politiet mener at det er mer sannsynlig at mistenkte vil oppholde seg der enn andre steder. Forarbeidene sier ikke noe om kravet til sannsynlighet for at mistenkte akkurat oppholder seg på det stedet som beslutningen gjelder.⁹¹ Metodeutvalget uttaler på grunn av ordlyden ”antas” og det grove inngrep romavlytting medfører, bør det stilles strenge krav til sannsynligheten.⁹² Gjelder avlyttingen på sted der det ferdes flere personer eller utenfor det private rom, må det foreligge ”særlige grunner” for at slik tillatelse kan gis, jf. fjerde ledd. Begrepet ”særlige grunner” er det ikke noe videre veiledning om i bestemmelsen. Begrepet er nært beslektet med ”særlige grunner” i § 216c, og ”tilgjengelig for et større antall personer” må forstås på

⁹¹ Ot. prp. nr. 60 (2004-2005) s. 147.

⁹² NOU 2009: 15 s. 201, pkt. 17.1.

samme måte som i § 216c.⁹³ Det sentrale er at det må utvises en strengere forholdsmessighet i disse tilfellene. Det samme gjelder for personer som har yrke som innebærer fortrolighet, jf. fjerde ledd tredje punktum. Det foreligger mulighet til å avlytte fortrolighetspersoner, men da skal det vurderes som strengt nødvendig, og som at ingen andre metoder anses tilstrekkelige. Behovet for å bekjempe kriminaliteten må også veie tyngre enn en personvernskrenkelse.

Etter fjerde ledd fjerde punktum skal romavlytting ikke innrettes slik at den er egnet til å fange opp samtaler der mistenkte ikke er part. Politiet kan foreta innbrudd i den mistenktes bolig eller rom for å plassere eller fjerne utstyr som er nødvendig for å gjennomføre avlyttingen, jf. femte ledd.

3 Hvilke hensyn påvirker grensene for hvor langt politiet kan strekke seg for å ivareta samfunnets behov for å bekjempe kriminalitet?

For effektivt å bekjempe kriminalitet, står det først og fremst to poler mot hverandre; disse er individets rettigheter mot samfunnets behov for oppklaring av kriminalitet.⁹⁴ De grunnleggende rettighetene som personvern og rettsikkerhet setter rammer for myndighetenes bruk av for inngripende metoder. Politiet har med andre ord en begrenset mulighet til å benytte seg av hvilke som helst metode som de finner mest hensiktsmessig, siden det som nevnt er stilt strenge vilkår for å benytte hemmelige tvangsmidler. I dette kapitlet behandles momenter som utvider eller innskrenker politiets mulighet til effektivt å bekjempe kriminalitet ved hjelp av disse metodene. Forarbeidene uttaler at vurderingen av

⁹³ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 147.

⁹⁴ NOU 2009: 15 s. 68.

hvordan grensene påvirkes, vil bero på en interesseavveining mellom samfunnets behov for å bekjempe kriminalitet på den ene siden, og hensynene til personvern og rettssikkerhet på den andre siden.⁹⁵ Forarbeidene uttaler videre at momenter av betydning kan være hvor alvorlig kriminalitet det er snakk om, hvor effektiv en aktuell etterforskningsmetode er og hvor inngripende metoden er. Videre vil det ha betydning hvem som krenkes – lovbrysteren eller tredjeperson(er).⁹⁶ Av nyere debatt henvises det til EUs datalagringsdirektiv (2006/24/EF) om lagring av trafikkdata. Direktivet er ikke gjennomført i norsk rett, men det antas at en avklaring vil komme ganske snart. Innføringen vil gi politiet en større mulighet til å overvåke enkeltpersoner, ved å ha muligheten til å innhente opplysninger om trafikkdata som den enkelte sender ved telefoni eller data.⁹⁷ Politiet har per i dag muligheten til dette, men det er ulike mengder som lagres og ulike lagringsrutiner hos tele- og internettleverandører. Direktivet er kritisert for å være et urimelig inngrep i privatlivet, fordi disse opplysningene skal lagres i inntil 2 år.

3.1 Momentet som taler for å benytte seg av de hemmelige tvangsmidlene

3.1.1 Behovet for effektiv bekjempelse av kriminalitet

Samfunnets behov for en effektiv bekjempelse av kriminalitet er avhengig av at politiet til enhver tid har effektive metoder for å beskytte borgere mot kriminelle handlinger. Det viktigste momentet i vurderingen av bruk av de hemmelige tvangsmidlene er altså behovet for effektiv bekjempelse av kriminalitet. I forarbeidene omtales kriminalitetsbekjempelsen som en «samlebetegnelse på den virksomhet som drives for å hindre at samfunnet og borgerne utsettes for kriminelle handlinger.»⁹⁸ Etter politiloven § 1 er ordlyden ”Staten skal sørge for den polititjeneste som samfunnet har behov for.” En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at staten har en lovbestemt positiv plikt til å beskytte borgere mot overgrep. Dette får som naturlig konsekvens tiltak som bevilgninger

⁹⁵ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) pkt. 7.1.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) pkt. 7.1.

⁹⁷ jf. EUs datalagringsdirektiv (2006/24/EF) art. 5. [Sisert 20. april 2010].

⁹⁸ NOU 2009: 15 s. 68.

til nye ressurser, lovfesting av oppgaver til politiet og lovfesting av nye etterforskningsmetoder.

Politiets oppgaver er lovfestet i politilovens § 2. Disse oppgavene er å utøve en «sikkerhetsfunksjon, ordensfunksjon, straffeforfølgningsfunksjon, hjelpe- og servicefunksjon, bistands- og samarbeidsfunksjon og andre oppgaver.»⁹⁹ For å kunne utføre oppgavene er politiet avhengige av ressurser. Hvilke ressurser politiet har tilgjengelig avhenger av den til enhver tid eksisterende trusselen mot borgerne, og en stadig utvikling av kriminalitet i samfunnet påvirker igjen lovverket. Ressurser kan være av personell- og materiellmessig art, av økonomisk og av prosessuell art.

I de senere år har det vært en utvikling av kriminaliteten i negativ retning. Det har ikke vært en stor økning i antall anmeldte saker, snarere en svak nedgang, men kriminaliteten er blitt stadig grovere og mer utspekulert. Hjelpemidler som de kriminelle benytter seg av blir stadig mer teknologisk, og virksomheten bærer et økende preg av profesjonalisme.

Den økte tilgangen til Internettet utgjør et teknologisk hjelpemiddel av betydning for de kriminelle. Det er interessant at kriminelles bruk av internettet har to sider, sett fra politiets perspektiv. På den ene siden har vi det forhold at det har skapt nye arenaer for kriminelle som gjør det stadig vanskeligere for politiet å overvåke; de kriminelles kommunikasjon og planlegging kan foregå mye mer utstrakt og skjult enn tidligere. Kanskje mest truende er at deling av filer og mangel på kontroll av det som blir delt, utgjør et problem som vil bli stadig vanskeligere å etterforske. For å bekjempe den teknologiske trussel vil politiet ha adgang til for eksempel å overvåke signalstrømmer gjennom dataanlegg, avlytte kommunikasjonsanlegg, foreta kontroll av kommunikasjonsanlegg eller foreta hemmelig ransaking. Det kan tenkes at kriminelle deler filer over internett som inneholder barnepornografisk materiale. Spredning av slikt materiale er straffbart etter strl. § 204a.

⁹⁹ Auglend, Ragnar L., Mæland, Henry John, Røsandhaug, Knut *Politirett*. 2. utg. 2004 s. 221.

Denne formen for massespredning av bilder og filmer er relativt nytt, og vanskelig å kontrollere. Spredningen kan skje ved et tastetrykk og nå ut til mange personer og ligge lagret i lang tid på forskjellige servere. I slike saker vil politiet ha mulighet til å avbryte overføring av filer som sendes i mellom datamaskiner.¹⁰⁰ Skulle politiet komme over lignende materiale ved for eksempel kommunikasjonsavlytting ved å overvåke signalstrømmen mellom datamaskinene, kan politiet i utgangspunktet ikke bruke disse opplysningene i andre saker. Etterforsking av overtredelse av strl. § 204, vil ikke gi grunnlag for kommunikasjonsavlytting direkte.¹⁰¹ Taushetsplikten som skal ivareta mistenktes personvern kan oppheves, selv om opplysningene ikke stammer fra forhold som har gitt grunnlag for kommunikasjonsavlyttingen. Det antas at opplysningene om barnepornografisk materiale vil kunne brukes i ny sak.¹⁰²

Et annet alvorlig forhold er at Internettet også vil kunne brukes av kriminelle til å sende filer som kan skade rikets sikkerhet. Situasjoner har forekommet der personer som har tilgang til gradert materiale ønsker å støtte en fremmed makt eller en organisasjon. I slike tilfeller kan materiale sendes kryptert, og det vil da skape vanskeligheter for politiet der de bare fortløpende avlytter signalstrømmen. Beviset vil da være uforståelig og ikke ha noen særlig bevismessig verdi. Metoden dataavlesing kan tenkes å være nyttig i slike situasjoner¹⁰³, men per i dag er ikke denne metoden lovlig. I forarbeidene uttaler riksadvokaten at politiet bør ha adgang til å benytte en dataavlesing med hjemmel i § 216a.¹⁰⁴ Metoden som kan nyttes er kalt ”TEMPEST-metoden”, og er brukt for å kunne gjenskape et bilde på skjermen til mistenkte.¹⁰⁵ Politiet vil da ha mulighet til å innhente beviset før det krypteres og sendes.

¹⁰⁰ Jf. § 216b annet ledd bokstav a.

¹⁰¹ Jf. kriminalitetskravet i § 216a.

¹⁰² Jf § 216i første ledd bokstav b jf. Rt 2007 s. 1409.

¹⁰³ Dataavlesing er definert i forarbeidene som ”å skaffe seg tilgang til opplysninger i elektronisk datasystem ved hjelp av dataprogrammer eller annen måte.”, jf. NOU 2009: 15 s. 240, pkt. 23.2.2.

¹⁰⁴ NOU 2009: 15 s. 242.

¹⁰⁵ NOU 2004: 6 s. 76, pkt. 7.4.2.1.

Sett fra et annet perspektiv er de kriminelles bruk av teknologiske hjelpemidler av nytte for politiet, i den forstand at den typen virksomhet etterlater utvetydige spor. Mer og mer utstyr legger igjen elektroniske spor, som gjør det mulig for politiet å spore den enkelte kriminelles handlemønster, evne og kapasitet til å utføre kriminelle handlinger. For eksempel kan en person som er mistenkt for å ha begått et drap avsløre at han har vært på det stedet der drapet ble begått gjennom bruk av mobiltelefon, fordi politiet har mulighet til å innhente trafikkdata om hvilke basestasjoner telefonen har vært koblet opp imot.¹⁰⁶

Internettet kan også i meget stor grad brukes til å planlegge kriminalitet, det tenkes da på terror, narkotikainnførsel, menneskesmugling og lignende. Men fordi slike handlinger etterforskes i avvergende og forebyggende øyemed, vil de ikke være gjenstand for videre drøfting i denne oppgaven.

At kriminelle blir stadig mer profesjonelle kan utledes av at de opptrer mer likt militære styrker i form av handlinger og utstyr, og den økende grad av organisering blant kriminelle – ikke bare i Norge, men også at det knyttes bånd til kriminelle i andre land. I Nokas-saken brukte en av de tiltalte en innretning som kunne oppfange signalverdier fra sendere.

Innretningen ga indikasjoner på unormal mobilbruk i ubebodde områder på en viss omkrets. Tiltalte kunne ved hjelp av dette ”finne ut” at han var utsatt for teknisk sporing.¹⁰⁷

Den tekniske innretningen som er omtalt er til salgs på det åpne markedet, og vil være et effektivt mottiltak mot politiets bruk av teknisk sporing som etterforskningsmiddel.

Internasjonalisering av kriminelle er også en økende tendens, og økt samarbeid med utenlandske kriminelle viser at de kriminelle miljøer stadig blir mer fleksible. Nye tungt belastede miljøer med internasjonal tilknytning etableres/utvikles i Norge. Denne type kriminalitet består av virksomhet knyttet til narkotika, prostitusjon, vinningskriminalitet,

¹⁰⁶ Jf. § 216b annet ledd bokstav d.

¹⁰⁷ Widerøe, Rolf J. og Aass, Hans Petter *Dødsranet. David Toska og veien til Nokas*, Falun, 2009 s. 116 jf. note 197 i boken. Noten henviser til politiavhør av en venn av tiltalte.

våpenhandel og økonomisk kriminalitet.¹⁰⁸ Disse overtredelsene gir god avkastning, og har vist seg svært lønnsomme. Narkotika omsetningen skaper store problemer for samfunnet og de individuelle misbrukerne, og er ofte vanskelig å etterforske. Men også politiets etterforskning er blitt mer internasjonalisert; når politiet får etterretning utenfra om at et parti med narkotika er på vei til Norge, kan politiet for eksempel sette sender på kjøretøyet når dette er identifisert og slik spore det til eventuelle bakmenn.

En annen økende tendens er samarbeidet av tungt belastede kriminelle og aktører fra næringsliv.¹⁰⁹ De kriminelle er også avhengige av å omsette kriminelle utbytter til ellers lovlige midler. Ved å blande ”svarte penger” inn i det lovlige markedet, skapes det utfordringer for politiet når det gjelder å etterforske og identifisere utbytter som stammer fra kriminelle handlinger. Hvitvasking som blandes inn i lovlige virksomheter kan bidra til å destabilisere økonomien, som i ytterste konsekvens kan innebære en trussel mot demokratiet.¹¹⁰

Økningen i den kvalitative kriminaliteten skaper større utfordringer for politiet, og de er mer avhengige av effektive metoder for bekjempelse av kriminalitet. Skulle antall anmeldte saker gå opp og oppklaringsprosenten gå ned, kan det tenkes at tilliten til politiet svekkes, og borgerne begynner å ta saker i egne hender. I verste fall kan dette være med på å forrykke vårt system og skape ustabilitet i samfunnet. Vi er derfor avhengige av effektive måter å bekjempe kriminalitet på. I dag som i tidligere tider finnes det – i tillegg til lovfestede metoder – også ulovfestede metoder for bekjempelse av kriminalitet. De ulovfestede metodene består av spaning, infiltrasjon, provokasjon og bruk av kilder og informanter.¹¹¹

¹⁰⁸ NOU 1997: 15 s. 25.

¹⁰⁹ NOU 2009: 15 s. 79.

¹¹⁰ NOU 1997: 15 s. 25.

¹¹¹ NOU 2009: 15 s. 73.

3.2 Momentene som taler imot bruken av de hemmelige tvangsmidlene

3.2.1 Personvern hensynet

Det første som kan tale imot å oppklare kriminalitet ved hjelp av hemmelige tvangsmidler, er hensynet til personvern. Personvernet er en av de grunnleggende rettigheter som det enkelte menneske har et legalt krav på. Noen klar definisjon på begrepet ”personvern” foreligger ikke. Det kan sies å være den private sfære som er vernet ovenfor inngrep fra myndigheter så vel som andre private personer. Personvernet er mye omtalt i forarbeidene blant annet til straffeprosessloven og til andre lover. Aktuelle forarbeider er NOU 2009:1 og NOU 2009:16. Personvernet er stadfestet i flere konvensjoner, menneskerettighetsloven, jf. EMK art 8¹¹², Grunnloven § 102¹¹³, strafferetten § 390 og § 390 a, og i rettspraksis.

Personvernet vil stå sterkt i konflikten mellom individets rettigheter mot samfunnets behov for en effektiv oppklaring av kriminalitet. Personvernet bygger på retten til å være i fred, retten til eierskap over egne opplysninger, og retten til å forhindre at personlige opplysninger blir kjent for andre. Det vil si at den enkelte skal være vernet fra å bli observert eller overvåket. Videre vil personvernet være sammenfallende med den personlige integritet. Hva som kjennetegner den personlige integritet er gjengitt i forarbeidene og omfatter «...individets selvbestemmelse over egen kropp, eiendom og tanke.»¹¹⁴ Det vil si muligheten til å foreta egne handlinger og ha egne tanker i din private sfære. Hva du selv tenker eller foretar deg i ditt private hjem skal være vernet fra inngrep av offentlige myndigheter eller andre private.

Vernet er viktig i forhold til den personlige utvikling, herunder dannelsesprosess, identitetsprosess og myndiggjøring. Denne prosessen kan anses som svekket hvis en lever under konstant frykt for overvåking; med andre ord hvis en ikke kan si, tenke eller gjøre

¹¹² Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹¹³ Lov 17.mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven).

¹¹⁴ NOU 2009: 15 s. 50.

som en selv vil innenfor husets fire vegger uten å oppleve at en blir kontrollert.¹¹⁵

Viktigheten av den personlige utviklingen i det private hjem er stadfestet i EMD i blant annet von Hannover mot Tyskland 24. juni 2004 (saksnummer 59329/00) og Moreno Gómez mot Spania 16. november 2004 (saksnummer 4143/02).

3.2.1.1 Personvern hensynet etter internasjonale forpliktelser

Personvernet influeres av internasjonale forpliktelser, og kan begrense politiets mulighet til effektivt å bekjempe kriminalitet ved hjelp av inngripende tvangsmidler. I EMK art 8 er det stadfestet en rett til privatliv som en grunnleggende menneskerettighet. Konvensjonen er inkorporert i norsk rett i mrl. § 2, og skal ved motstrid gå foran annen norsk lovgivning, jf. mrl. § 3. Begrepene ”privatliv” og ”personvern” er bare delvis sammenfallende.¹¹⁶ I denne oppgaven vil personvernet og retten til privatliv bli diskutert som å ha samme virkeområde og stadfester derfor et vern mot inngrep i den personlige sfære. I artikkel 8 er ordlyden ”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence” (Enhver har krav på respekt for sitt privatliv, familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse). Forarbeidene tilsier at brudd på disse rettighetene er bare tillatt hvis det kan hjemles i lov og er nødvendig for å ivareta samfunnets behov for å oppklare kriminalitet.¹¹⁷

Hva som ligger i den enkeltes privatliv kan være vanskelig å definere. I saken Mikulic mot Kroatia 7. februar 2002 (saksnummer 53176/99) tok EMD utgangspunkt i tre momenter som er sentrale for privatlivsbegrepet. Det ene var en persons fysiske integritet, som omhandler vernet mot fysiske inngrep i hjemmet; dette kan være hemmelig ransaking eller skjult beslag. Det andre er en persons psykiske integritet, som innebærer en persons personlighetsutvikling i sitt eget hjem. Er den enkelte under overvåkning i eget hjem, kan en si at dette hemmer utviklingen av den psykiske identitet, og dette skal en være vernet

¹¹⁵ NOU 1999: 27 s. 28.

¹¹⁶ NOU 2009: 15 s. 48.

¹¹⁷ ibid. s. 51.

mot. Det er ikke bare det private hjem som omfattes; også retten til respekt på sin arbeidsplass faller innenfor bestemmelsen, jf. Niemietz mot Tyskland 16. desember 1992 (saksnummer 13710/88).¹¹⁸ Videre er det ikke bare den enkelte person som har krav på respekt, men også juridiske personer i sine lokaler, jf. Société Colas Est m.fl mot Frankrike 16. april 2002 (saksnummer 37971/97). Det tredje og siste momentet er vedkommendes sosiale identitet, og det innebærer retten til å kommunisere med andre uten å være redd for at dette blir kjent for andre utenforstående. Denne retten kan sies å springe ut av respekt for privat korrespondanse. Av forarbeidene fremkommer det at dette omfatter skriftlig korrespondanse som brev, telefaks eller e-post.¹¹⁹ Det fremkommer ikke om SMS faller innenfor begrepet, men må antas å gjelde denne form for korrespondanse også. Avlytting av samtaler kan være et alvorlig brudd på denne respekten, jf. Klass mot Tyskland 6. september 1978 (saksnummer 5029/71).¹²⁰ Det samme kan antas å gjelde der det samles inn informasjon om en samtales lengde, tidspunkt, og hvem noen ringer til, jf. Malone v. UK 2. august 1984 (saksnummer 8691/79).¹²¹

Likeledes gjelder at samtaler, handlinger eller tanker i det offentlige rom er private så lenge du ikke kan forvente at disse blir kjent på noen annen måte. Det kommer an på forventningene du har som privatperson, om de opplysningene du deler i det enkelte tilfelle skal være private. I Halford mot Storbritannia 25. juni 1997 (saksnummer 20605/92) ble det stadfestet at en person måtte kunne forvente å ringe fra en arbeidstelefon uten å bli avlyttet.¹²² Kvinnen fikk medhold i at staten hadde krenket hennes respekt til privatliv, ved politiet hadde avlyttet henne i forbindelse med en diskrimineringssak. EMD fastslo at det etter dagjeldende britisk lov ikke forelå lovhemmel til avlytte henne. Etter Rt 2006 s. 1546 opprettholdt Høyesteretts kj  rem  lvalg (nå Høyesteretts Ankeutvalg) lagmannsrettens

¹¹⁸ Norsk Lovkommentar s. 3126, note 69.

¹¹⁹ NOU 2009: 15 s. 52.

¹²⁰ Norsk Lovkommentar s. 3126, note 69.

¹²¹ l.c.

¹²² NOU 2009: 15 s. 52, pkt. 6.3.

oppfatning om at telefoner som mistenkte bruker til å styre sin virksomhet, kan avlyttes selv om det legges til grunn at mistenkte ikke personlig vil benytte seg av disse. Saken stiller seg litt annerledes enn den gjorde i Halford mot Storbritannia, ved at det her gjaldt tolkningen av om mistenktes telefoner som blir benyttet på arbeidsplasser kunne falle inn under begrepet ”antas å ville bruke” i § 216a. I EMD-saken var det kvinnen som var den som var under avlytting, ikke arbeidsgiver. Tredjeperson vil derfor også kunne bli berørt av kommunikasjonskontrollen når dette gjelder telefoner som eies av den arbeidsgiver som er satt under kommunikasjonsavlytting.¹²³

Overvåkning ved hjelp av kamera eller lignende på offentlig sted omfattes ikke av retten til respekt for privatlivet. På offentlig sted må man forvente at samtaler eller annen korrespondanse kan bli fanget opp av andre, eller av innretninger som er egnet til å gjøre opptak av lyd eller bilde, se nærmere om dette under sensitivitetsprinsippet, jf. pkt 3.2.1.2.2. Saken stiller seg annerledes ved lagring av slikt materiale, og vil fremstå som en krenkelse hvis det lagres over tid eller blir brukt av andre, jf. Leander mot Sverige 26. mars 1987 (saksnummer 9248/81).¹²⁴ Personopplysningsvernet er også stadfestet i Europarådets konvensjon om elektronisk behandling av personopplysninger. Innhenting og systematisering av personopplysninger er særlig aktuelt i tilfeller der politiet bruker skjulte tvangsmidler som ransaking, fjernsynsovervåking, sporing og avlytting. I disse tilfellene har politiet adgang til å innhente opplysningene; imidlertid kan krenkelsen av privatlivet oppstå der opplysningene videreformidles eller lagres i lengre tid. Dette gjelder også i tilfeller der opplysningene videreformidles til andre organer som er underlagt taushetsplikt.

I og med at politiet har taushetsplikt vil det ikke foreligge noen krenkelse som sådan. Så lenge inngrepet i privatlivet er hjemlet i nasjonal lovgivning og nødvendigheten av effektive etterforskningsmetoder for å bekjempe kriminalitet er stor, vil det ikke være i strid med EMK art 8.

¹²³ NOU 2009: 15 s. 176.

¹²⁴ Norsk Lovkommentar s. 3126, note 69.

FN konvensjon om sivile og politiske rettigheter vil også være relevant for personvern hensynet. Artikkel 17 skal gi samme vern som EMK art 8, og er også inkorporert gjennom menneskerettighetsloven § 3. Denne artikkelen skal verne mot vilkårlige og ulovlige inngrep i familieliv, privatliv, hjem og korrespondanse. Den er noe annerledes utformet, og ordlyden kan tilsi at den gir et litt svakere vern enn EMK art 8.¹²⁵

3.2.1.2 Personvern hensynet etter norsk rett

Etter norsk rett er personvernet beskyttet gjennom flere bestemmelser, og ulovfestet rett gjennom rettspraksis. Som nevnt over gjelder dette Grl. § 102, strl. §§ 390, 390a og 145a, og personopplysningsloven. I rettspraksis kan Rt. 1977 side 1035 og Rt. 1952 side 1217 nevnes som mulige grunnlag for personvernet. Juridisk teori nevner en interessemodell som vurderingsform om noen er krenket etter personvernet.¹²⁶ Vurderingen av om en personvern krenkelse foreligger må bero på en helhetsvurdering der flere interessemomenter gjør seg gjeldende. Hvilke interesser det er tale om fremgår av interesse teorien, som kan deles opp i individuelle og kollektive interesser.¹²⁷ De individuelle momentene er diskresjon, fullstendighet, innsyn, og privatlivets fred. De kollektive momentene er borgervennlig samfunn, robust samfunn og begrenset overvåkningsnivå.

Flere prinsipper gjør seg gjeldende i personvernet, som krav om lovregulering, krav om formålsbestemthet, nødvendighetsprinsippet, sensitivitetsprinsippet, krav om informasjonssikkerhet, prinsippet om opplysningskvalitet og krav om forholdsmessighet.¹²⁸ Prinsippene er med på å regulere lovgivers mulighet til å utvide eller innskrenke fullmakter til politiet gjennom å vedta eller oppheve lover.

¹²⁵ Norsk Lovkommentar s. 3154, note 30.

¹²⁶ Myhrer, Tor-Geir *Personvern og samfunnsforsvar: om taushetsplikt og ytringsrett i straffesaksbehandlingen*. Oslo, 2001, s. 79.

¹²⁷ NOU 1997: 19 s. 24-26.

¹²⁸ NOU 2009: 15 s. 54-59

Kravet til lovregulering betyr at metoden som nyttes må ha hjemmel i lov. Kravet om formålsbestemthet tilsier at metoden som nyttes aldri kan nyttes til andre formål enn det det er gitt tillatelse til, med mindre det er lovhjemlet eller at det foreligger samtykke. Dette kravet ivaretas også av § 226. Det kan også tenkes at kravet må gjelde ved hver enkelt innsamling av opplysninger som metoden gir grunnlag for. Kravet er nært beslektet med sensitivitetsprinsippet, og vil bli omtalt nærmere under 3.2.1.2.2.

3.2.1.2.1 Nødvendighetsprinsippet

Nødvendighetsprinsippet tilsier at en ikke bør åpne for bruk av tvangsmidler i større omfang enn det som er nødvendig for politiet. Mistenkte bør heller ikke få mer innsynsrett enn det som er nødvendig. Prinsippet stiller krav til presist lovverk og presise metoder, og at skal hindre at ikke flere rammes enn nødvendig. Videre at ikke mer inngripende metoder nyttes når mindre inngripende metoder er tilstrekkelig. Prinsippet kommer til uttrykk gjennom subsidaritetskravet og ”særlige grunner” i § 216c tredje ledd. Et eksempel er Nokas-saken. Der ble det innhentet opplysninger om alle innenlands flyreiser som er gjennomført de siste 5 årene, for å kunne kartlegge de mistenktes bevegelser. Det kan ikke være tvil om at dette strider mot personvernet og personopplysningsvernet. Det å sitte med opplysninger om hver enkelts reisemønster de siste 5 år er svært inngripende mot den enkeltes privatliv, men et godt redskap for politiet for å kunne brukes i annen etterforskning. Det ble imidlertid reist sak om opprettholdelse av beslutningen av en advokat som følte seg krenket, men kjæremålet ble avvist på grunnlag av at parten ikke lenger hadde rettslig interesse, jf. LG-2005-98484.

3.2.1.2.2 Sensitivitetsprinsippet

Sensitivitetsprinsippet vil være av betydning ved vurderingen av hvor stort inngrepet er i den enkeltes privatliv. Innsamling og behandling av informasjon anses stort sett som et inngripende tiltak for borgere, men visse typer informasjon kan virke mer inngripende enn annen informasjon. Forarbeidene taler om at vurderingen av inngrepet i forhold til

sensivitetsprinsippet må være avhengig av i hvilken sammenheng opplysninger samles inn og brukes.¹²⁹ Det går ikke an å fastsette en glideskala for hvilke opplysninger som er lite inngripende og hvilke som er mer inngripende. Dette oppfattes individuelt og forskjellig fra borger til borger; det som kan virke støtende på den ene trenger nødvendigvis ikke virke støtende for den andre. Allikevel er det fastslått på generelt grunnlag at noen opplysninger må anses som meget inngripende hvis de blir kjent. Personverndirektivet artikkel 8 slår fast at opplysninger om en persons «...rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmedlemskap samt behandling av opplysninger om helse og seksualliv» skal anses som personopplysninger som er forbudt å behandle hvis det ikke foreligger unntak i nasjonal lovgivning.¹³⁰ I personopplysningsloven foreligger det en liknende definisjon av hva som er sensitive opplysninger, jf. popplyl. § 2 nr 8. Enkelte av punktene vil ikke anses like sensitive hvis disse er allment tilgjengelige eller kjent. Det kan nevnes at for eksempel enkelte trossamfunn har nettsider med en tilgjengelig medlemsliste.

Noen hemmelige tvangsmidler er mer egnet til å fange opp sensitive opplysninger enn andre. Romavlytting og kommunikasjonsavlytting er mer inngripende i personvernet gjennom at de er mer egnet til å fange opp sensitive opplysninger enn for eksempel fjernsynsovervåking eller registreringen av en samtales start- og stopptidspunkt. Forarbeidene uttaler at skrevne opplysninger må oppfattes mindre inngripende enn lydopptak, samt visuell overvåking mot fjernsynsovervåking, og mer inngripende hvis disse kombineres.¹³¹ Det er videre av betydning for hvor man kan forvente å bli overvåket; ferdes man i det offentlige, vil inngrepet anses som mindre enn om man blir overvåket i det private rom. Dette fordi sjansen er større for at man deler sensitiv informasjon med andre

¹²⁹ NOU 2009: 15 s. 55, pkt. 6.8.

¹³⁰ Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

¹³¹ NOU 2009: 15 s. 56, pkt. 6.8.

på de steder man har en viss trygghet for ikke å bli overvåket; men man burde også kunne forvente noe av det samme vern for private samtaler i en park.¹³² Mindre sensitive opplysninger kan bli ansett som sensitive ved at de samles sammen og kategoriseres – dette var tilfelle i Listesaken.¹³³ Her hadde en person stilt sammen opplysninger om tjenestemenn som var ansatt i daværende politiets overvåkningstjeneste, forsvarets overvåkningstjeneste og forsvarets sikkerhetstjeneste. Opplysningene bestod i hvem som var ansatt, hvilke tjenestebiler som var tilknyttet tjenesten og hvilke kjøretøyer de ansatte benyttet privat m.v. Opplysningene var allment tilgjengelige til en viss grad, og hver for seg ville ikke disse opplysningene vært ansett som svært sensitive opplysninger. Samlet sett utgjorde opplysningene, som var samlet inn i løpet av en 5-årsperiode, en trussel mot rikets sikkerhet, og gjerningspersonen ble dømt etter straffelovens § 90 og 91.

Videre kan som nevnt en kombinasjon av informasjonsformene, kunne forsterke sensitiviteten.¹³⁴ En kombinasjon av romavlytting, teknisk sporing og fjernsynsovervåking kan skape et tilsynelatende komplett bilde av hva den mistenkte foretar seg i det tidsrommet han eller hun er under overvåking. Ved at det er forskjellige kriminalitetskrav til de enkelte tvangsmidlene, vil noen opplysninger være lettere å få tillatelse til å innhente enn andre. En må derfor stille krav til formålsbestemtheten ved innhenting av opplysningene, for å forhindre at mindre sensitive opplysninger kan brukes til andre mål, og dermed medføre et større inngrep i den private sfæren enn først antatt. Dette kan gi en indikasjon på at det må foreligge strenge vilkår for innhenting av informasjon som i seg selv og alene ikke er så sensitiv, men kan bli det i en kombinasjon med annen informasjon.

3.2.1.2.3 Opplysningskvalitetsprinsippet

¹³² NOU 2009: 15 s. 56, pkt. 6.8.

¹³³ Jf. Rt 1979 s. 1492.

¹³⁴ NOU 2009: 15 s. 56, pkt. 6.8.

Forarbeidene uttaler videre at det foreligger et prinsipp om opplysningskvalitet.¹³⁵

Prinsippet slår fast at opplysningene som samles inn må være «relevante, adekvate og fullstendige i forhold til sine bruksformål», jf. personverndirektivet art 6, første ledd bokstav c.¹³⁶ Det betyr at dersom det hefter usikkerhet ved opplysningene, anses inngrepet for å være større enn ved presise opplysninger. Opplysninger som er eldre anses mindre inngripende enn nyere opplysninger.¹³⁷

3.2.1.2.4 Forholdsmessighetsprinsippet

Forarbeidene uttaler til slutt at det er et krav om forholdsmessighet ved de inngrep som innhentning og videre behandling av opplysninger medfører.¹³⁸ Forholdet består i hvor stort inngrepet er i rettsikkerheten og personvernet, mot behovet for å benytte hemmelige tvangsmidler fremfor mindre inngripende metoder, i forhold til alvorligheten i den kriminelle gjerningen som er utøvd. Vurderingen blir gjort av påtalemyndigheten selv ved begjæringen og ved domstolenes vurdering av om vilkårene er oppfylt; det skjer når beslutningen gis for gjennomføring av de hemmelige tvangsmidlene. De krav og prinsipper som er nevnt under dette punkt ville spille inn på vurderingen.¹³⁹ Dette vil – på den ene siden - være å ivareta hensynet til borgeren før metodene kan iverksettes; det fordi vurderingen er underlagt et omfattende vurderingsgrunnlag av kriterier. Men fordi kravet til forholdsmessigheten vurderes, før det hemmelige tvangsmiddelet iverksettes, og det derfor ikke vites om inngrepet er forholdsmessig eller uforholdsmessig underveis, vil det på den andre siden ikke. Det kan tenkes at et en metode strekker seg over lang tid eller at metoden ikke bringer inn noen særlig relevante opplysninger. Den offentlig oppnevnte advokaten vil ha mulighet til å bringe saken inn for domstolen etter en tid hvis den vurderer inngrepet som uforholdsmessig, og kan dermed få en ny prøving av saken, jf. § 100a annet ledd tredje

¹³⁵ NOU 2009: 15 s. 56, pkt. 6.10.

¹³⁶ NOU 2009: 15 s. 56, pkt. 6.10.

¹³⁷ Jf. Rotaru v. Romania 4. mai 2000.

¹³⁸ NOU 2009: 15 s. 58, pkt. 6.11.

¹³⁹ ibid. s. 59, pkt. 6.11.

punktum. Hvis det er tale om å beslutte forlengelse eller ta i bruk andre tvangsmidler, vil det være en ny advokat som skal ivareta den mistenkte rettigheter. Dette er en svakhet i dagens ordning.¹⁴⁰ Se også behandlingen av prinsippet under rettsikkerhethensynet.

3.2.2 Rettssikkerhetshensynet

Et annet viktig moment som kan tale imot effektive metoder for å bekjempe kriminalitet, er kravet til rettssikkerhet. Det finnes ingen generell lov om rettssikkerhet i norsk rett, men kravet søkes ivaretatt gjennom generelle regler og prinsipper. Forarbeidene omtaler politiloven § 1 annet ledd og sikkerhetsloven § 1 litra b og § 6 annet ledd, som eksempler på regler som skal ivareta rettsikkerheten.¹⁴¹ Begrepet ”rettssikkerhet” er mye omtalt i juridisk teori, og da særlig innen forvaltningsretten. Graver uttaler at den tradisjonelle betydningen av begrepet «...er at borgerne skal ha sikkerhet for sine rettigheter.»¹⁴² Juridisk teori gir som sagt lite veiledning for betydningen av begrepet innen straffeprosessen. Forarbeidene uttaler imidlertid at begrepet er ansett som et ”honnørbegrep”, og det derfor er vanskelig å gi en klar og entydig definisjon av begrepet, men det kan gi en indikasjon på hvordan begrepet skal forstås.

Metodeutvalget uttaler at kjernen i begrepet er at borgerne skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra de offentliges side, og at individet skal ha mulighet til å forutberegne sin rettstilling og forsvare sine interesser rettslig.¹⁴³ For de hemmelige tvangsmidlene vil rettssikkerhet bety at lovgiver må ta hensyn til personvernet til den enkelte når den utvider eller innskrenker lover som omhandler effektive etterforskningsmetoder. Siden personvernet som nevnt skal beskytte den enkeltes privatliv ved å være en skranke for hvor langt staten kan gå, vil rettsikkerhet innebære en mulighet for den enkelte til å forutberegne sin rettstilling i forhold til de lover som er vedtatt. Det

¹⁴⁰ NOU 2009: 15 s. 168, pkt. 15.5.

¹⁴¹ *ibid.* s. 64, pkt. 7.4.

¹⁴² Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*. 2002, s. 99.

¹⁴³ NOU 2009: 15 s. 60, pkt. 7.1.

pålegger lovgiver å vedta lover som styrker rettigheter ved inngrep gjennom internasjonale forpliktelser. Rettssikkerhet kan sies å komme til uttrykk i EMK art 6 (retten til en rettferdig rettergang), EMK art 8 nr 2 (unntaksvilkår for retten til inngrep), og de materielle og prosessuelle prinsippene i straffeprosessen. De materielle prinsippene gir seg utslag i legalitetsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet. De prosessuelle prinsippene gir seg utslag i saksbehandlingsreglene i retten, herunder uavhengighet, objektivitet, saklighet, kontradiksjon, innsyn, underretning, bistand og representasjon.

Ved at de hemmelige tvangsmidlene foregår skjult for mistenkte, er det umulig for den som utsettes for inngrepet å kontrollere sin egen rettsstilling og eventuelt ta til motmæle. Denne oppgaven må derfor søkes ivaretatt av lovgiver gjennom utforming av klare rettslige rammer for inngrep, og gjennom at det oppnevnes en offentlig advokat som kan ivareta rettighetene til mistenkte, jf. § 100a. Visse internasjonale forpliktelser vil spille inn på lovgivers utforming av lover, og EMK art 8 nr 2 vil være aktuell i denne sammenheng. De tre vilkår som hjemler unntak i EMK art 8 nr 1 er at inngrepet må være i samsvar med lov, være nødvendig i et demokratisk samfunn og ivareta legitime formål. I dag ivaretas disse gjennom straffeprosessloven og personopplysningsloven. I forarbeidene til ny politiregisterlov¹⁴⁴ er det gjort ytterligere presiseringer av lovverket, slik at de skal være godt innenfor kravene til EMD, jf. minimumskravene i Weber og Saravia mot Tyskland 29. juni 2006 (saksnummer 54934/00).

Det første materielle prinsippet for rettssikkerhetsbegrepet er legalitetsprinsippet. Forarbeidene uttaler at det ligger krav til klarhet og presisjon i regler ved utforming av bestemmelser, og uttaler videre at det mest tungtveiende hensynet er demokratisk kontroll.¹⁴⁵ Prinsippet danner rammen for hvor utvidende en bestemmelse kan tolkes, og dermed være en skranke for rettmessigheten av overgrep ved bruk av skjulte tvangsmidler.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) Om lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).

¹⁴⁵ NOU 2009: 15 s. 64, pkt. 7.5.

Prinsippet kan også være en skranke ved utforming av nye metoder ved at det stilles krav i EMK. Krav til utforming og faste rammer vil bedre muligheten for den enkelte til å forutberegne sin rettstilling.

Forholdsmessighetsprinsippet vil også være av betydning for rettsikkerhetshensynet, ved at det stiller krav til bruken av hemmelige tvangsmidler. Prinsippet er lovfestet i § 170a og kommer til uttrykk i indikasjons- og subsidiaritetsvilkåret. Forarbeidene omtaler prinsippet som en minimumsregel.¹⁴⁶ Videre vil de straffeprosessuelle prinsipp ha betydning for rettsikkerheten til den enkelte, enten ved at de oppstiller et skjerpet krav til rettsikkerhet ved at flere av prinsippene ikke kommer til anvendelse, eller ved at de presiserer kravene til de ulike metodene.¹⁴⁷

4 Vurdering – og avsluttende kommentar

4.1 Dekker de hemmelige tvangsmidlene behovet for en effektiv bekjempelse av kriminalitet?

4.1.1 Bør det være muligheter for skjult fjernsynsovervåking mot privat sted?

Som nevnt over er gjeldende rett at politiet bare kan benytte seg av skjult overvåking fra offentlig sted mot offentlig sted. Metodeutvalget har etter samtaler med Kripos og Oslo politidistrikt fått signaler om et ønske om utvidelse av denne adgangen, som blant annet gjelder fjernsynsovervåking fra offentlig sted mot privat sted og direkte på privat sted. Selv om adgangen er ønskelig er det fremdeles flere viktige momenter som er sentrale for at en slik adgang skal være innenfor det enkelt individet skal kunne forventes å tåle.

¹⁴⁶ NOU 2009: 15 s. 65, pkt. 7.6.

¹⁴⁷ Prinsippene nevnes ikke noe nærmere da disse har mer betydning for sakens gang enn for de hemmelige etterforskningsmidlene.

Personvern står sentralt i en utvidelse av fjernsynsovervåking og er at av de viktigste momenter som taler imot en slik adgang. Generelt er oppfatningen at fjernsynsovervåking anses som mer inngripende enn romavlytting. Dette kan også leses ut av den lovtekniske oppbyggingen, ved at det bare er retten som kan beslutte fjernsynsovervåking, og da bare mot offentlig sted. Videre anses overvåking mot et privat sted å være mindre inngripende enn overvåking innenfor husets fire vegger. Skulle utvidelsen bare gjelde utenfor privat sted, kan krenkelse oppstå ved at enhver skal kunne ferdes fritt uten å føle seg overvåket, jf. EMK art 8. Selv om det bare gjelder overvåking mot inngangsparti, eiendommen, veien til og fra huset eller et gårdsrom, ville dette være på privat sted. På den ene siden vil fjernsynsovervåkingen kunne lagres og undersøkes utallige ganger i ettertid, for å identifisere detaljer som ikke ble sett første gangen. Den kan også overlates til andre tjenestemenn som bevis i andre saker. I ytterste tilfelle kan film brukes som pressmiddel, ved at den kan stadfeste at den mistenkte har befunnet deg på et sted som han eller hun ønsker å holde skjult for andre. Eksempelvis kan det tenkes at et gjengmedlem oppsøker en bolig der en rivaliserende gjeng oppholder seg.

På en annen side vil overvåkingen kunne innbringe bevis som ellers ikke hadde vært mulig å framskaffe. Det kan tenkes at mistenkte vet at det blir spanet mot boligen, og meddeler at andre medhjelpere skal holde seg unna. Et kamera vil lettere kunne skjules, og det krever ikke like mye ressurser. Spaning krever personelle ressurser på stedet hele tiden hvis metoden skal være effektiv. Et tungtveiende argument som taler for adgang til fjernsynsovervåking mot privat sted, er at politiet har samme mulighet til å overvåke et sted ved fysisk observasjon under etterforskingen, som om det hadde vært et kamera som filmet. Det er også støtte for dette syn i forarbeidene, som foreslår at det bør være adgang til en slik utvidelse av fjernsynsovervåking, men da gjennom en lovendring av § 202a.¹⁴⁸

Skal utvidelsen også gjelde for bolig, rom eller andre private steder som mistenkte oppholder seg i, ville en være i kjernen av privatlivet. Kombineres dette med romavlytting,

¹⁴⁸ NOU 2009: 15 s. 224, pkt. 21.4.2.

vil en være så tett innpå som ved å plassere en tjenestemann i rommet. På den ene side vil personvernet være et tungtveiende argument mot en slik adgang, og respekten for privatlivet spiller en stor rolle i slike tilfeller. Som nevnt over under personvern vil faren være størst for svikt i identitetsutvikling, trygghet for personintegriteten, og vernet for private samtaler og handlinger, ved overvåking innenfor de fire vegger, jf. pkt. 3.2.1. På den annen side kan fjernsynsovervåkingen føre til en mer rettet tvangsmiddelbruk ved for eksempel bruk av romavlytting. Tjenestemenn kan da stoppe opptak hvis de ser at mistenkte forlater rommet eller huset.

For at et idealt demokrati skal kunne fungere, må samfunnsvern og inngrep fra det offentlige mot individet balanseres. Det er en stadig utfordring å se til at forholdet ikke forskyves for mye til den ene eller andre siden. Hvis enkelt individet føler seg utilbørlig overvåket, kan dette spille inn på den enkeltes identitetsutvikling og myndighetsnorm. Vi er alles avhengige av å føle oss trygge for å kunne fungere som enkeltindivider. På den annen side, fokuseres det for mye på et samfunnsvern, vil vi fort kunne bli naive. Faren kan da være stor for at andre utnytter seg av spillerommet en slik tilstand gir.

Personlig er jeg derfor av den oppfatning at det bør være en adgang til å benytte skjult fjernsynsovervåking mot privat sted.

4.1.2 Avsluttende kommentar

Jeg er av den oppfatning at bruk av hemmelige tvangsmidler øker sjansen for at den materielle sannhet kommer frem på en best mulig måte. Bevis kan innhentes på en mer effektiv måte enn ved tradisjonell etterforsking. Gjerningspersoner røper oftere opplysninger som kan brukes som bevis når de ikke vet at de er overvåket enn når de vet at de er under etterforsking.

De kriminelle opptrer med stor profesjonalitet, og evne og kapasitet er større nå enn før. Jeg antar at bekjempelse av kriminalitet vil vies større oppmerksomhet fremover i form av

økt ressursbruk og større budsjetter fra det offentlige side. Dette kan også ses i lys av debatten om innføringen av EUs datalagringsdirektiv. Dette vil medføre mer inngripende tiltak som lagring av opplysninger av telefoni og databruk, selv om det medfører et større inngrep i personvernet. Videre er det min oppfatning at politiet har behov for hemmelige tvangsmidler for å motvirke en potensiell ustabilitet i økonomi og av samfunnet som sådan.

På den ene siden er jeg enig i at lovgiver utvider fullmakter til politiet for å effektivt bekjempe kriminalitet, og at grunnleggende rettigheter må vike. Trusselen for terror, stadig økning i organisert kriminalitet og mer brutal kriminalitet trenger effektive metoder. På en annen side vil jeg påpeke at grunnleggende rettigheter er ansett for å være en legal rett, og det bør være svært mye som skal til for at disse krenkes. Sensitivitetsprinsippet vil kunne være en skranke for politiet. Jeg mener at det skal stilles større krav til vurderingen om beslutningen skal gis, når metoden anses for innbringe svært sensitive opplysninger. En kombinasjon av flere metoder må også vurderes strengere enn ved beslutning av et enkelt hemmelig tvangsmiddel.

Jeg er videre av den oppfatning at det er retten som er den mest kompetente myndighet til å beslutte om hemmelige tvangsmidler skal gjennomføres. Politiet skal også kunne bruke hastekompetansen i de tilfeller som gjør etterforskningen nærmest umulig å gjennomføre ved å vente på rettens beslutning. Selv om faren for at uskyldige kan rammes av hastedtak, mener jeg at behovet for en effektiv bekjempelse av kriminalitet må veie tyngst.

Nødvendighetprinsippet under personvern mener jeg må tillegges noe vekt. Om hemmelig etterforskningsmidler er nødvendig, er ikke alltid like lett å vurdere ved hastedtak eller i forbindelse med ekstraordinære omstendigheter. Innhenting av samtlige flyreiser den enkelte borger hadde gjennomført de siste fem år i Nokas-saken, vil være et resultat av at politiet i noen tilfeller går for langt. Videre bør det ikke på det nåværende tidspunkt åpnes

for flere hemmelige etterforsningsmetoder for å bekjempe den økte kriminaliteten. Vi bør ikke ligge i forkant av utviklingen.

5 Litteraturliste

Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 10 (1976-77)

Ot.prp. nr. 23 (1983-84)

Ot.prp. nr. 56 (1989-90)

Ot.prp. nr. 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

Ot.prp.nr.40 (1991-1992)

Ot.prp. nr. 62 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 60 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) Om lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)

NOU 1982: 25

NOU 1997: 15

NOU 1999: 27

NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern

NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll

Juridisk litteratur

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utg. ved Tor Geir Myhrer. Oslo, 2009.

Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. 2008.

Andorsen, Kjell. Provokativ politietterforskning. *Jussens Venner*, 2001.

Auglend, Ragnar L., Mæland, Henry John, Røsandhaug, Knut *Politirett*. 2. utg. 2004.

Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik *Norsk Lovkommentar til straffeprosessen*. 3. utg. 2001.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2.utg. Oslo, 2006.

Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*. 2002.

Hov, Jo, *Rettergang II Straffeprosess*.

Lødrup, Peter, Kaasen, Knut og Tjomsland, Steinar *Norsk Lovkommentar*. Oslo, 2008.

Myhrer, Tor-Geir *Personvern og samfunnsforsvar: om taushetsplikt og ytringsrett i straffesaksbehandlingen*. Oslo 2001.

Annen litteratur:

Widerøe, Rolf J. og Aass, Hans Petter *Dødsranet. David Toska og veien til Nokas*. Falun, 2009.

Domsregister

Høyesterettsavgjørelser

Rt 1952 s. 1217	Rt 1959 s. 578 .
Rt 1977 s. 1035	Rt 1979 s. 1492.
Rt 1993 s. 1302	Rt 1997 s. 708.
Rt 2005 s. 201	Rt 2006 s. 1546.
Rt 2007 s. 1409.	

Lagmannsrettsavgjørelser:

LG-2005-98484.

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen:

Klass mot Tyskland 6. september 1978 (saksnummer 5029/71).

Malone v. UK 2. august 1984 (saksnummer 8691/79).

Leander mot Sverige 26. mars 1987 (saksnummer 9248/81).

Niemietz mot Tyskland 16. desember 1992 (saksnummer 13710/88).

Halford mot Storbritannia 25. juni 1997 (saksnummer 20605/92).

Rotaru v. Romania 4. mai 2000.

Mikulic mot Kroatia 7. februar 2002 (saksnummer 53176/99).

Società Colas Est m.fl mot Frankrike 16. april 2002 (saksnummer 37971/97).

von Hannover mot Tyskland 24. juni 2004 (saksnummer 59329/00).

Moreno Gómez mot Spania 16. november 2004 (saksnummer 4143/02).

Weber og Saravia mot Tyskland 29. juni 2006 (saksnummer 54934/00).

Rundskriv:

Riksadvokates rundskriv nr. 1/1998 (RA-98-180), endret ved vedtak RA 04-171 27. september 2007.

Direktiv:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

Nettdokument:

«Politiet mot 2020 – Bemannings- og kompetanse- behov i politiet», POD publikasjon 2008/07. http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Rapporter/politiet_mot_2020.pdf [Sisert 03. april 2010].

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2006/24/EF af 15. marts 2006 om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet og om ændring af direktiv 2002/58/EF
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:DA:PDF> [Sisert 20. april 2010].

